THÈSE DE
NANCY.
1891.
N°. 4.

UNIVERSITÉ DE FRANCE. FACULTÉ DE DROIT DE NANCY.

DE LA

DATION EN PAIEMENT

EN

DROIT ROMAIN

ET EN

DROIT FRANÇAIS

THÈSE POUR LE DOCTORAT

PRÉSENTÉE PAR

Jules GROSJEAN

AVOCAT

L'acte public sur les matières ci-après sera présenté et soutenu le **Samedi 27 Juin 1891**, à quatre heures du soir.

Président : M. Paul LOMBARD, professeur.

Suffragants : MM. BLONDEL, professeur.
MAY, professeur.
GAVET, agrégé.

Le Candidat répondra en outre aux questions qui lui seront faites sur les autres matières de l'enseignement.

NANCY
TYPOGRAPHIE G. CRÉPIN-LEBLOND, PASSAGE DU CASINO
1891

UNIVERSITÉ DE FRANCE. — FACULTÉ DE DROIT DE NANCY.

DE LA

DATION EN PAIEMENT

EN

DROIT ROMAIN

ET EN

DROIT FRANÇAIS

THÈSE POUR LE DOCTORAT

PRÉSENTÉE PAR

Jules GROSJEAN

AVOCAT

L'acte public sur les matières ci-après sera présenté et soutenu le **Samedi 27 Juin 1891**, à quatre heures du soir.

Président : M. Paul LOMBARD, professeur.

Suffragants : MM. BLONDEL, professeur. MAY, professeur. GAVET, agrégé.

Le Candidat répondra en outre aux questions qui lui seront faites sur les autres matières de l'enseignement.

NANCY
TYPOGRAPHIE G. CRÉPIN-LEBLOND, PASSAGE DU CASINO
—
1891

FACULTÉ DE DROIT DE NANCY

MM. LEDERLIN ✻, I ⚜, Doyen, Professeur de Droit romain, autorisé à faire le cours de Pandectes, et Chargé du cours de Droit français étudié dans ses origines féodales et coutumières.

JALABERT ✻, I ⚜, Doyen honoraire.

LOMBARD (Ad.) ✻, I ⚜, Professeur de Droit commercial, et Chargé du cours de Droit des gens.

LIÉGEOIS, I ⚜, Professeur de Droit administratif, et Chargé du cours d'Histoire du Droit.

BLONDEL, I ⚜, Professeur de Code civil, et Chargé du cours de Droit constitutionnel.

BINET, I ⚜, Professeur de Code civil, et Chargé du cours d'Enregistrement.

LOMBARD (P.), I ⚜, Professeur de Code civil.

GARNIER, I ⚜, Professeur d'Économie politique.

MAY, I ⚜, Professeur de Droit romain.

GARDEIL, A ⚜, Professeur de Droit criminel.

BEAUCHET, A ⚜, Professeur de Procédure civile.

BOURCART, A ⚜, Agrégé, Chargé du cours de Pandectes, et autorisé à faire le cours de Droit romain.

GAVET, A ⚜, Agrégé, Chargé du cours d'Histoire générale du Droit français et du cours d'Éléments du droit constitutionnel et organisation des pouvoirs publics.

CHRÉTIEN, A ⚜, Agrégé, Chargé du cours de Droit international privé.

LACHASSE, I ⚜, Docteur en Droit, Secrétaire.

La Faculté n'entend ni approuver ni désapprouver les opinions particulières du Candidat.

A MON PÈRE

A MA MÈRE

DROIT ROMAIN

BIBLIOGRAPHIE

ACCARIAS. — Précis de Droit romain (2 vol.), t. I, édition 1879 ; t. II, édit. 1882.

G. MAY. — Éléments de Droit romain (2 vol.), t. I, édition 1889 ; t. II, édit. 1890.

PAUL GIDE. — Études sur la novation et le transport de créances en Droit romain (édit. 1879).

MAYNZ. — Cours de Droit romain (3 vol.), 3e édit. 1870.

MOLITOR. — Les obligations en Droit romain, cours professé à l'Université de Gand (3 vol.), t. I, édit. 1851 ; t. II, 1852 ; t. III, 1853.

DEMANGEAT. — Cours élémentaire de Droit romain (2 vol.). édition 1866.

ACCARIAS. — Théorie des contrats innommés, 1866.

DE SAVIGNY. — Traité de Droit romain, traduit de l'allemand, par M. GUENOUX (8 vol.), 1855 à 1860.

ORTOLAN. — Législation romaine, éditée par M. BONNIER (3 vol.), édit. 1876.

LABBÉ. — De la garantie en Droit romain. — *Revue pratique*, année 1865, t. XIX, p. 558 et suiv.

DE SÉGOGNE. — Paris, 1880.
DE BERLY. — CAEN, 1884.
BISSON. — Paris, 1885.
GUIMBAUD. — Poitiers, 1889.
Thèses.

DROIT ROMAIN

DE LA DATIO IN SOLUTUM

CHAPITRE PREMIER

Généralités. — De la nature juridique de la « datio in solutum ».

Le *vinculum juris* qui lie le débiteur au créancier est destiné à s'éteindre. Il a pris naissance par l'*obligatio*, il s'éteindra par la *solutio* ou la *liberatio :* ces deux termes sont synonymes. (Paul, 47 ; Digeste, De verb. signif., L, 16.)

Le droit romain, très formaliste à l'origine, avait exigé une concordance entre les modes d'extinction et les modes de création d'un droit quelconque. Gaïus dit (100, Dig., De regulis juris, L, 17) : *Omnia quæ jure contrahuntur contrario jure pereunt ;* et Ulpien (35, Dig.,

idem, L, 17) : *Nihil tam naturale est quam eo genere quidque dissolvere quo colligatum est.* Dans le droit romain pur, tout contrat ne pouvait donc se dissoudre que par les mêmes procédés que ceux qui avaient servi à le former, par l'emploi d'un mode analogue en la forme, mais directement contraire dans ses effets. Ainsi une obligation avait été créée *verbis* par la voie de la *stipulatio ;* il ne suffisait pas au débiteur pour être libéré de verser à son créancier la chose qu'il avait promise, l'effet des *verba* prononcées subsistait toujours et ne pouvait être effacé que par des *verba* contraires ; c'est alors qu'intervenait l'*acceptilatio* comprenant une demande et une réponse contraires à celles de la *stipulatio.* Et de même chaque mode de création d'une obligation avait un mode correspondant de libération, qui était seul efficace pour éteindre l'obligation. (80, Dig., De solut. et liber., XLVI, 3.)

Cette règle, comme toutes celles de formalisme dont étaient empreintes les anciennes constitutions romaines, tomba peu à peu en désuétude, et bientôt il fut admis qu'une obligation, de quelque manière qu'elle eût été formée, pourrait cesser d'exister par l'emploi d'un mode d'extinction général, applicable à toutes les obligations, quelle que soit leur source : le paiement, c'est-à-dire la prestation de la chose due. Ce fut le mode d'extinction par excellence, et on ne lui donna pas de nom spécial, on l'appela du nom général donné à tous les modes d'extinction d'obligations : *solutio.* (Ulpien, 176, Dig., De verb. signif., L., 16.)

Mais de la règle ancienne subsista toujours quelque chose, en ce sens que le paiement, *solutio,* dut toujours avoir pour objet l'objet même de l'obligation. Ainsi l'obligation avait pour objet un *dare*, un *facere* ou un *præstare ;*

le débiteur d'une obligation de *dare* doit, pour l'éteindre, transférer la propriété ou créer le droit réel convenu, le débiteur d'une obligation de *facere* ou de *non facere* doit accomplir ou s'abstenir de faire l'acte ou les actes nécessaires pour que l'obligation puisse être considérée comme remplie. En un mot, ce qui doit être payé, c'est l'objet dû et pas autre chose. *Aliud pro alio invito creditori solvi non potest.* (2, 1, Dig., De reb. cred., XII, 1.)

Cette règle est dans l'intérêt des deux parties. Le créancier peut évidemment refuser de recevoir une chose de valeur moindre, et si on lui offre une chose d'une valeur égale ou même supérieure, il peut encore refuser, car il a contracté en vue d'obtenir une chose, il a le droit de l'avoir, et il n'a aucun compte à rendre de ses motifs. De son côté, le débiteur ne peut être contraint de payer autre chose que ce qu'il doit, ni une chose d'une valeur plus grande, c'est évident, ni une chose d'une valeur égale ou moindre, c'est son droit, il ne s'est pas engagé à fournir cette chose et il peut avoir intérêt à la garder.

Ces principes sont certains et sont du reste constatés par plusieurs textes (Dioclétien et Marcien, 16, Code, De Sol., VIII, 43, et la loi 2, 1, Dig., De reb. cred., précitée). Ainsi le débiteur d'une somme de 100 ne pourra s'acquitter qu'en versant 100, mais il pourra les verser en quelque monnaie que ce soit ; car il est de principe que les espèces monnayées figurent dans le commerce des échanges non comme des individus, mais comme des quantités. *In pecunia non corpora quis cogitat, sed quantitatem* (Papinien, 94, 1, Dig., De solut., XLVI, 3). *Eaque materia forma publica percussa, usum dominiumque non tam ex substantia præbet quam ex quantitate* (Paul, 1, 1, Dig., De contrahenda emptione, XVIII, 1).

Ce que les parties ont en vue, ce n'est pas la valeur intrinsèque du métal, c'est la représentation légale de la valeur signifiée pour laquelle l'autorité publique les a livrées à la circulation. Toutefois le créancier peut établir que pour un motif d'intérêt ou de commodité, il a stipulé la monnaie dans laquelle le paiement devra être fait et cette convention sera licite, le débiteur ne pourra offrir une autre monnaie, car il ne peut payer *aliud pro alio*. C'est ce que signifie la loi 99, Dig., De sol., XLVI, 3, où Paul s'exprime ainsi : *Creditorem non esse cogendum in aliam formam nummos accipere si ex ea re damnum aliquod passurus est.* Tirant de ce texte un argument *a contrario*, on a dit que le créancier pouvait être contraint d'accepter des écus d'une autre monnaie que celle stipulée, si cela n'avait rien de dommageable pour lui, et on a présenté ce texte comme faisant exception à notre principe. Telle n'est pas sa signification ; il veut dire seulement que, si le créancier n'a pas stipulé la monnaie en laquelle il devra être payé, il n'aura jamais, pour les motifs indiqués dans les textes cités plus haut (94, 1, Dig., De solut. — 1, 1 Dig., De contr. empt.), d'intérêt à exiger telle monnaie plutôt que telle autre, et il ne pourra dire qu'il reçoit *aliud pro alio*. Mais s'il établit qu'il a stipulé de l'or plutôt que de l'argent, il aura prouvé son intérêt, et il aura montré le *damnum* dont il est passible ; il a voulu tout simplement s'écarter des règles de ces deux textes. Notre loi 99, Dig., De solut., ne fait donc que confirmer notre règle que *aliud pro alio solvi non potest* (1).

---

(1) *Contrà*, Accarias, t. II, p. 693, note 3.

La Novelle 4, chap. IV de Justinien, a pourtant dérogé à notre règle, en permettant à un emprunteur d'or qui ne peut en rendre de se libérer en donnant des immeubles, qui devront être choisis parmi les meilleurs et dont la valeur sera appréciée par le juge. Il se fonde sur ce que le débiteur a la faculté de faire une *bonorum cessio* que le créancier ne peut lui refuser.

Une autre exception à notre règle, c'est la division des dettes entre héritiers. Le créancier de 100 sera, si nous supposons deux héritiers chacun pour moitié, obligé de recevoir 50 de chacun d'eux : or, recevoir deux paiements partiels, c'est en somme recevoir *aliud pro alio* (1).

D'autres exceptions peuvent être apportées à notre règle par la volonté des parties. C'est ce que signifient ces mots *Invito creditori*. Le débiteur ne peut s'acquitter en payant autre chose que l'objet dû si le créancier n'y consent pas ; mais si le créancier y consent, si les deux parties sont d'accord, la règle n'est plus applicable. Le créancier ne reçoit plus alors l'objet dû, il reçoit une *datio* ou un fait autre que la *datio*, ou le fait promis, et néanmoins sa créance est éteinte. On dit alors qu'il y a *satisfactio* (Ulpien, 52, Dig., De solut. et liber., XLVI, 3).

---

(1) Dans la loi 21, Dig., De reb. cred., XII, 1, Julien semble donner au préteur le droit de forcer le créancier à accepter une partie de sa créance. Nous croyons que le préteur ne pourrait agir ainsi sans la volonté du créancier. Le texte veut seulement dire que le préteur fera bien, *humanius facturus videtur prætor*, et cela rentre dans ses fonctions, *ad officium ejus pertinet lites deminuere*, de pousser le créancier à accepter la partie de sa créance qui lui est offerte, *si actorem compulerit ad accipiendum quod offeratur*.

Le créancier peut obtenir une *satisfactio* de plusieurs manières. D'abord les parties peuvent remplacer l'obligation primitive par une obligation nouvelle. Le premier procédé que les Romains ont dû employer pour arriver à ce but est sans doute le suivant : il intervient un accord entre le créancier et le débiteur, par lequel les parties considèrent la première obligation comme éteinte, ils réalisent cette extinction par une *acceptilatio* ou bien par un des modes d'extinction spéciaux dont nous avons parlé ; puis en vertu du même accord, les parties créent une nouvelle obligation qui remplacera la première. Par exemple une vente sera remplacée par une autre vente à un prix différent ; ou bien un mandat devient un *mutuum*, le mandataire étant censé remettre au mandant la chose due, et le mandant la lui remettant à titre de prêt. Le contrat *litteris* n'est lui-même que le remplacement d'une obligation par une autre ; une partie, celle qui veut emprunter, fait un paiement fictif et celui qui le reçoit le lui remet immédiatement à titre de prêt. Ces exemples ont été en vigueur dans le très-ancien droit romain, et montrent que les Romains ont eu dès le début l'idée qu'une obligation pouvait parfaitement bien être remplacée par une autre. Mais remarquons bien comment ils procédaient au moins dès le début : la première obligation est éteinte, puis une autre est créée. Sans doute, tout cela se fait en vertu d'un accord de volontés, mais cet accord ne se manifeste pas au dehors, on ne voit pas que cette création soit la conséquence de cette extinction, elles apparaissent au contraire comme deux actes isolés, de sorte que la question se pose tout naturellement de savoir ce qui arriverait, si le débiteur, après avoir obtenu l'extinction de la première obligation, manquant ensuite à ses engagements, refusait de consentir à la formation de la deuxième obligation ?

Dès le début du droit romain, cette convention n'était pas sanctionnée par une action. La partie qui avait exécuté pouvait seulement, en se fondant sur le principe que nul ne peut s'enrichir aux dépens d'autrui, répéter ce qu'elle avait livré par la *condictio ob rem dati ou condictio causa data causa non secuta.* Plus tard se forma la théorie des contrats innommés et on donna à la partie qui a exécuté une action pour forcer l'autre à exécuter à son tour son engagement : ce fut l'action *præscriptis verbis.*

D'ailleurs, certains de ces contrats par lesquels un créancier consent à libérer son débiteur, moyennant un nouvel engagement de celui-ci, furent protégés plus énergiquement par le droit prétorien et par le droit civil. Ainsi, lorsque cette convention remplit certaines conditions, dans le détail desquelles il est en dehors de notre travail d'entrer, le préteur reconnaît qu'il y a un pacte de *constitut* et donne l'action *de pecunia constituta.* Lorsqu'une *obligatio verbis* est remplacée par une autre de même nature, le droit civil lui-même intervient, et reconnaît dans certains cas qu'il y a une novation ; alors il n'y a plus précisément un contrat, l'opération au lieu d'être double est unique : du même coup l'obligation ancienne est éteinte et l'obligation nouvelle est créée, la novation ayant à la fois un double effet extinctif et créateur.

Les parties peuvent vouloir faire quelque chose de plus que remplacer une obligation ancienne par une nouvelle. Le créancier ne recevra pas, il est vrai, son paiement ; mais il recevra un équivalent. Il ne se contente plus d'un nouvel engagement de son débiteur, mais il reçoit de lui une chose qui existe déjà dans son patrimoine et qui peut consister soit dans un droit réel, soit dans un droit de

créance, soit dans un fait. Le créancier reçoit encore une *satisfactio*. On dit alors, dans ce cas spécial, qu'il y a *datio in solutum*, dation en paiement. Remarquons dès maintenant que dans cette expression, *datio in solutum*, le mot *datio* n'est pas pris dans son sens technique : *dare* signifie transférer la propriété. Dans l'expression créée par les commentateurs de l'ancien droit pour désigner l'opération dont nous nous occupons, *datio* signifie non seulement transfert de propriété, mais aussi tout fait quelconque accompli en la place du transfert ou du fait qui était *in obligatione* et qui aurait dû être sans l'accord des parties *in solutione*. Du reste, cette expression *datio in solutum* n'est pas romaine, quoique l'on rencontre des expressions analogues dans certains textes : *aliud pro alio solvere*, *rem pro re solvere*, *in solutum tradere*, *in solutum dare* (45, pr., Dig., XLVI, 3 — 10, Code, VIII, 43).

L'expression vague *in solutum præstare* conviendrait mieux pour désigner cette *satisfactio* que reçoit le créancier aux lieu et place de la *solutio* à laquelle il avait droit.

La *datio in solutum* est donc une opération par laquelle les parties mettent fin à l'existence d'une obligation par la prestation d'un objet autre que l'objet dû. Cette expression prise dans un sens très large aurait pu convenir à tout mode de *satisfactio* quelconque, le mot *datio* signifiant alors non plus seulement un transfert ou un fait, mais encore un engagement nouveau. Mais hâtons-nous de dire qu'on ne l'a jamais employée dans ce sens et qu'elle à toujours été réservée à l'opération dont s'agit, c'est-à-dire à celle par laquelle les parties détruisent un lien d'obligation qui les unit par la prestation d'une chose autre que la chose due.

Pour arriver à ce résultat, les mêmes errements ont été suivis que ceux que nous indiquions tout à l'heure en cas de *satisfactio*. Le premier procédé qui a dû être employé a dû être le suivant : le débiteur transmet au créancier la propriété de l'objet qu'il donne en paiement (nous supposerons que la *datio in solutum* a pour objet une *datio stricto sensu*, notre explication serait la même s'il s'agissait du transport d'une créance ou de l'accomplissement d'un fait), et le créancier libère le débiteur par un moyen quelconque, par exemple il lui fera une *acceptilatio*. Ici chacune des parties opère isolément ; la propriété de la chose est transmise et le transfert sera valable, même si le créancier ne procure pas au débiteur sa libération, et si nous supposons que la libération de la part du créancier a précédé le transfert de propriété de la part du débiteur, elle restera un fait accompli alors même que le débiteur n'effectuerait pas cette *datio*. Chacune des parties compte sur la bonne foi de l'autre, et lorsque l'une a accompli son obligation, elle n'a pas d'action pour forcer l'autre à exécuter. Toutefois elle pourra, en se fondant sur un motif d'équité répéter l'avantage produit à l'autre partie, par une *condictio ob rem dati* ou *condictio causa data causa non secuta*.

Mais peu à peu cette convention qui est intervenue entre les parties trouva une sanction dans le droit civil ; comme dans le cas précédent, où une obligation est remplacée par une autre, et peut-être plus tôt encore, elle fut sanctionnée par l'action des contrats innommés. Le débiteur s'engage à *dare* ou à *facere*, et le créancier s'engage de son côté à tenir le débiteur pour libéré (et cet engagement n'a plus besoin, pour être sanctionné, d'être pris dans la forme de l'*acceptilatio*) ; il y a là un véritable contrat innommé *do* ou *facio ut facias*, car si l'obligation du

débiteur peut consister dans un *dare* ou un *facere*, celle du créancier est toujours un *facere*, elle consiste dans le fait de tenir le débiteur pour libéré. C'est pourquoi on a dit que notre convention est un contrat *do* (ou *facio*) *ut liberer* (1). Donc, un contrat de cette nature ne pourra être sanctionné par le droit civil que s'il a été accompli par l'une des parties : autrement il n'y a qu'un *nudum pactum* dénué de toute sanction civile. Il faudra donc que le débiteur ait opéré le transfert ou accompli le fait pour qu'il puisse se faire considérer comme libéré à l'égard du créancier qui, au mépris de son engagement, voudrait encore exercer contre lui l'action de sa créance primitive.

Telle est l'idée que nous faisons de la *datio in solutum* en droit romain. Il nous reste à réfuter les nombreuses opinions contraires qui ont été soutenues, et à appuyer notre doctrine sur des textes.

On peut ramener à trois les autres systèmes qui ont été proposés pour rendre compte de la nature de la *datio* en paiement.

1er Système. — La *datio in solutum* n'est qu'une modification du paiement ; c'est un paiement véritable.

2e Système. — Elle est une novation.

3e Système. — Elle est, suivant les cas, une vente, un échange ou un louage de services.

1er Système. — La *datio in solutum* n'est pas un contrat, c'est un simple acte unilatéral. En effet, le contrat est une source d'obligations réciproques, c'est un accord

---

(1) Demangeat, t. II, p. 424. Toutefois, en cas de dation d'une *res pro re*, il n'admet pas cette théorie, il veut qu'il y ait vente.

de volontés destiné à faire naître des rapports de droit ; or, dit-on, la *datio in solutum* a un but tout à fait contraire, qui est de détruire un rapport de droit existant.

Les auteurs (1) qui soutiennent cette théorie font bon marché de l'acccord de volontés qui a lieu dans la *datio in solutum*. Au début de leur ouvrage, ils posent comme nous ce double principe que le créancier ne peut être contraint à recevoir autre chose que ce qui lui est dû, et que le débiteur ne peut être contraint à fournir autre chose. Mais lorsqu'ils s'expliquent sur la nature de la *datio in solutum*, ils ne pensent plus qu'un accord de volontés est nécessaire pour que l'une ou l'autre partie fasse échec à ce principe. Si le débiteur veut fournir *aliud pro alio*, il faut, outre son consentement, celui du créancier.

Qu'importe le but final des parties qui est de *distrahere obligationem !* Il n'en est pas moins vrai que pour arriver à ce but, les parties sont obligées de passer par une station intermédiaire. Il y a engagement bilatéral, le débiteur s'engageant à fournir *aliud pro alio*, le créancier s'engageant à tenir, après l'avoir reçu, le débiteur pour libéré, et sans cet engagement du créancier la dette subsisterait toujours malgré la *datio*. Pour *distrahere* la première obligation, les parties contractent une nouvelle obligation bilatérale, elles renoncent l'une et l'autre à se prévaloir des principes fondamentaux que nous venons de rappeler.

On objecte : mais vous ne verrez pas un contrat synal-

---

(1) Guimbaud, de Ségogne et Bisson, *thèses*. — Labbé, *De la garantie, Revue pratique*, p. 558 et suiv.

lagmatique dans l'opération par laquelle le créancier consent à renoncer au bénéfice du terme qui est en sa faveur ? Non, certes, car ici l'obligation du débiteur ne change pas. Mais si le terme était en faveur du débiteur en même temps que du créancier, nous considérerions que le paiement, qui a lieu avant le terme, a été précédé d'une véritable convention synallagmatique, le créancier s'étant obligé à accepter la chose avant l'échéance et le débiteur à la donner avant. Il y a, du reste, une grande différence entre l'opération par laquelle un créancier renonce au bénéfice du terme qui est en sa faveur, et celle par laquelle il renonce à recevoir l'objet dû. Dans le premier cas, ce n'est pas un droit pour le débiteur de ne payer qu'au terme, et il suffit de la volonté du créancier pour le forcer à payer avant ; dans le cas de *datio in solutum*, au contraire, c'est un droit pour le débiteur de payer ce qui est dû et pas autre chose, et il ne suffit pas de la seule volonté du créancier pour le forcer à payer autre chose.

Cette comparaison que l'on fait entre le créancier qui renonce au bénéfice du terme qui est en sa faveur, et celui qui renonce à recevoir la chose due repose sur une considération qui, pour être vraie dans certains cas, ne l'est pas toujours. On dit que le créancier qui consent à recevoir une dation en paiement, le fait par faveur pour le débiteur dont la situation est sans doute obérée, et on suppose que toujours elle est à l'avantage de ce dernier. Nous ne nions pas que la plupart du temps les choses se passent ainsi ; mais est-ce une raison pour ne voir dans cette opération que le consentement du créancier et pour faire abstraction de celui du débiteur ? Est-ce que souvent la *datio in solutum* n'aura pas lieu aussi dans l'intérêt du créancier qui aura avantage à recevoir tel objet plutôt que l'objet dû, alors que cette combinaison ne gêne en

rien le débiteur? Et même dans le cas où la *datio in solutum* est faite dans l'intérêt du débiteur seulement, est-ce que l'on ne doit pas tenir compte de la volonté de celui-ci, puisque s'il ne peut fournir l'objet dû, il a un choix entre toutes les autres choses qui composent son patrimoine, et qu'il n'appartient pas au créancier de se payer en exerçant ce choix à lui seul?

La *datio in solutum* exige donc le consentement du débiteur au même titre que celui du créancier; c'est une *datio* (transfert de droit réel ou de droit de créance, ou accomplissement d'un fait) précédée d'un échange de volontés, c'est-à-dire d'une convention synallagmatique dont elle n'est que l'exécution.

Si la *datio in solutum* est un contrat synallagmatique, dans quelle catégorie faut-il la ranger? Tout d'abord écartons la théorie qui voit dans la *datio in solutum* une novation.

2e Système. — Dans ce système, la *datio in solutum* ne serait pas précisément une novation, car la novation exige les formes de la stipulation, *stipulatio prioris debiti*, mais elle serait une quasi-novation.

Admettrait-on l'idée d'une quasi-novation, qui se formerait sans le secours de la *stipulatio*, que l'on devrait encore rejeter toute idée de novation, car l'objet de l'obligation nouvelle doit être identique à l'objet de l'obligation ancienne, et on ne connaît pas, en droit romain, la novation par changement d'objet (1).

Du reste, cette opinion que l'obligation primitive est

---

(1) Accarias: *Droit romain*, t. II, n° 692. — Gide: *De la novation*, p. 117 et suiv.

éteinte par la simple convention de *dare in solutum*, n'est pas admise par les textes, qui reconnaissent plutôt que la libération ne peut avoir lieu que si la *datio* est opérée (17, C., De solut., VIII, 43. — Inst., pr., Quib. mod. obl. tol., III, 29). Il ne faut pas confondre, en effet, la dation en paiement avec la promesse de dation en paiement. Nous avons constaté que l'opération que nous étudions nécessitait une convention par laquelle les parties se mettent d'accord, le débiteur s'engageant à faire une prestation autre que la prestation due, le créancier s'engageant à tenir le débiteur pour libéré. Il y a là les éléments du contrat innommé que nous avons trouvé dans la dation en paiement, mais ils n'y sont pas tous, il en manque un : le commencement d'exécution. Nous avons essayé de montrer la différence entre cette simple promesse et la *datio in solutum*, en distinguant au début de cette étude deux cas bien distincts : l'un par lequel les parties éteignent une obligation en la remplaçant par une autre ; l'autre par lequel ils l'éteignent moyennant une prestation. Dans le premier cas, le débiteur ne fait que prendre un nouvel engagement ; dans le second, il s'appauvrit en faisant sortir une chose de son patrimoine.

3e Système. — Si la *datio in solutum* n'est pas une novation, on a soutenu qu'elle était une vente, un échange, un louage de services, suivant que le débiteur fournissait *rem pro pecunia*, *rem* ou *factum pro re*, *factum pro pecunia*. C'était l'opinion admise par les romanistes et soutenue par Cujas, Voët, Doneau et beaucoup d'autres.

Examinons d'abord le cas de la *datio in solutum* d'une *res pro pecunia* et voyons si c'est une vente. Les auteurs que nous venons de citer invoquent pour l'affirmative les textes et notamment la loi 24, pr., Dig., De pign. act., XIII,

7 ; la loi 4, Code, De evict., VIII, 45 et la loi 5, 1, Dig., De præscr. verb., XIX, 5.

Dans la première, Ulpien prévoit l'hypothèse suivante : Un créancier gagiste a obtenu de l'empereur la permission de s'approprier l'objet du gage. Il vient ensuite a en être évincé. Il aura certainement un recours contre le débiteur à raison de cette éviction. Mais par quelle action l'exercera-t-il ? Le jurisconsulte semble hésiter, puis il finit par lui donner seulement une action en garantie, et non l'*actio pigneratitia contraria ;* cette action en garantie sera l'action du contrat qui emporte essentiellement garantie, c'est-à-dire l'*actio empti* étendue au cas qui nous occupe par voie d'analogie, *utilitatis causa.* Ce texte ne prévoit pas, il est vrai, une *datio in solutum.* Le créancier gagiste ne pouvait obtenir la chose qui faisait l'objet de son gage qu'après plusieurs *denuntiationes* et de longs délais sans qu'il se fût présenté quelqu'un pour *rem comparare* (3, 1 et s., Code, De jure dom. imp., VIII, 34). Mais le jurisconsulte fait une comparaison et paraît accorder la même action pour le cas de *datio id solutum, quemadmodum si pro soluto ei res data fuerit.* Si donc on accorde l'*actio empti utilis*, c'est qu'il y a vente.

Cette conséquence doit être rejetée. Ni dans l'un, ni dans l'autre cas prévus par le texte, il n'y a vente, quoique l'opération ressemble beaucoup à un contrat de cette nature ; car le débiteur détenteur du gage ou de l'objet donné en paiement n'a pas consenti à s'obliger comme un vendeur ; le texte le prouve à lui tout seul, car il ne donne pas l'*actio empti* comme au cas de vente véritable, mais cette action étendue à un cas qui, sur le point qui nous occupe, présente beaucoup d'analogie avec la vente. Il y a tout simplement transfert de propriété, qui emporte

garantie contre l'éviction comme tous les actes à titre onéreux.

Or, le droit romain ne possède qu'un nombre limité d'actions, et pour chaque cas nouveau qui se présente, il ne va pas créer une action en garantie spéciale, mais il étendra pour les besoins de la cause l'action du contrat type qui emporte garantie : c'est la vente. De ce texte, il faut donc conclure que la *datio in solutum* présente une certaine analogie avec la vente, au point de la garantie : mais de là à conclure qu'elle n'est qu'une vente, il y a loin.

La loi 4, Code, De evict., VIII, 45, suppose qu'un fonds qui m'a été donné en paiement, était affecté en gage à certains créanciers. Je suis évincé par suite de l'action de ces créanciers. J'aurai un recours contre mon débiteur, ce sera encore une action en garantie, mais ici pas plus que tout à l'heure, on ne créera une action en garantie spéciale, on étendra par voie d'analogie, *utilatis causa,* une action en garantie déjà existante. Ce sera *l'actio empti*, car il y a une grande analogie entre la *datio in solutum* et la vente, *nam hujusmodi contractus vicem venditionis obtinet.*

De ces derniers mots on a conclu que la *datio in solutum* était identique à la vente. Cependant le texte ne dit pas que *hujusmodi contractus venditio est,* mais que *vicem venditionis obtinet*, ce qui n'est pas du tout la même chose. Cette expression signifie seulement qu'au point de vue spécial de la garantie, la dation en paiement est traitée comme la vente, et ce qui prouve bien qu'elle ne lui est pas de tous points identique, c'est que la constitution n'accorde l'*actio empti* que *utilitatis causa*, c'est-à-dire étendue à un autre cas que la vente.

De ce texte, retenons seulement ces mots *hujusmodi*

contractus. Le doute n'est donc pas possible, la *datio in solutum* est bien un contrat.

La meilleure preuve que l'argument que l'on tire de ces mots *vicem venditionis obtinet*, dépasse la portée du texte, c'est que beaucoup d'autres opérations juridiques sont assimilées par d'autres textes à la vente, et cependant on n'a jamais soutenu qu'elles étaient de véritables ventes. Ainsi la loi 4, 31, Dig., De doli mali et metus exc., XLIV, 4, assimile au vendeur celui *qui permutaverit*, celui *qui in solutum accepit* et tant d'autres qui peuvent être comparés au vendeur, *in similibus qui vicem emptorum continent*. La portée de ce texte est tout à fait relative. Traitant de la question de savoir si le dol d'une personne peut être opposé à ses successeurs particuliers, Ulpien répond non en ce qui concerne la vente, et il assimile à la vente l'échange, la *datio in solutum* et d'autres encore, c'est-à-dire tous les contrats à tire onéreux : il prend comme exemple la vente parce que c'est le type des contrats à titre onéreux. De même la constitution 4, Code, De Evict., assimile la *datio in solutum* à la vente au point de vue de la garantie, parce qu'elle est également le type des contrats emportant garantie.

Ainsi encore, les lois 1 et 3 Dig., Pro empt., XLI, 4. — 22, pr., Dig., De act. rer. amot., XXV, 2, assimilent le demandeur qui a obtenu le paiement de la *litis contestatio, qui æstimationem obtulit*, à un vendeur. Jamais on n'a soutenu que la *litis contestatio* est une vente. On a tiré seulement cet argument que, à certains points de vue qui sont traités spécialement par ces deux textes, c'est-à-dire au point de vue du transfert de propriété et de *l'usucapio*, et au point de vue du recours du défendeur qui a perdu la possession des choses qu'il est

condamné à restituer par suite de *l'actio rerum amotarum*, la *litis contestatio* présente des analogies avec la vente. Citons enfin la loi 15, Dig., Quibus ex causis, XLII, 4, qui dit formellement que le coéchangiste *emptori similis est*. Et cependant les Romains ont toujours nettement séparé l'échange de la vente. *Item is qui in solutum accepit, vel qui lite œstimata retinuit, vel ex causa stipulationis non ob liberalitatem est consecutus*. Ainsi celui qui a obtenu une chose par une *stipulatio*, est assimilé par ce texte à un acheteur. Qui oserait pourtant songer à dire que la *stipulatio* est une vente ? Alors pourquoi tirer de la loi 4, Code, De Evict., un argument plus fort que dans ces dernières hypothèses ?

Ce qui achève de démontrer que la *datio in solutum* et la vente sont bien deux opérations différentes, c'est qu'elles sont mentionnées à côté l'une de l'autre par les textes 8, Code, De Sent. et interl., VII, 45 — 1, Code, Si Antiq. cred., VIII, 20 — 3, Code, De luit. pign., VIII, 30.

Cependant un texte encore peut nous être objecté, la loi 5, 1 Dig., De præscr. verb., XIX, 5. *Et si quidem pecuniam dem, ut rem accipiam, emptio et venditio est*. Il y a vente, si je donne de l'argent et que je reçoive une chose : *la datio in solutum* d'une *res pro pecunia* est donc une vente. On donne au texte une portée qu'il n'a pas. Il a seulement pour objet de distinguer la vente de l'échange, c'est ce que montre bien la suite du texte : *sin autem rem do, ut rem accipiam*, etc. Si je donne de l'argent dans le but de recevoir une chose, il y a vente ; si je donne une chose dans le but de recevoir une autre chose, il y a échange. *Non placet permutationem rerum emptionem esse*. Mais la *datio in solutum* est tout être chose que la vente. Il ne suffit pas seulement que celui qui fait la dation

en paiement s'engage à *dare*, il faut que cette *datio* ait lieu pour que l'opération qui s'appelle *datio in solutum* existe, car alors seulement d'après nos explications le contrat innommé sera formé, et l'*accipiens* sera tenu d'accomplir son obligation qui est de tenir le débiteur pour libéré. D'ailleurs cette loi 5, 1 Dig., De præsc. verb., est end ésaccord avec une autre, la loi 16, Dig., De cond. causa data, XII, 4, qui applique mieux les véritables principes du droit romain. Il prend la même hypothèse : *dedi tibi pecuniam ut mihi stichum dares*, je donne de l'argent pour recevoir une chose. Y a-t-il vente, se demande le jurisconsulte Celsus ? Non, car la vente comprend deux obligations réciproques, et non une *datio* d'une part, et une promesse de *dare* d'autre part. Cette dernière opération est un véritable contrat innommé. C'est l'avis de Celsus.

La vente, disons-nous, se compose de deux obligations qui consistent de la part de l'acheteur à payer son prix, de la part du vendeur à *rem præstare atque habere licere.* Il n'y a donc rien de commun entre la vente et la *datio in solutum,* puisque le débiteur qui fait une telle *datio in solutum* transfère la propriété ou créé le droit réel convenu, tandis que le vendeur non-seulement n'opère pas ce transfert, mais bien plus ne s'oblige même pas à le faire, le vendeur en droit romain n'étant pas tenu de transférer la propriété.

Enfin, s'il y avait vente, il faudrait admettre que la dette primitive est éteinte, par suite d'une compensation tacite s'opérant entre le prix et le montant de la dette. Or, les parties n'ont pas songé à cette compensation, et puis il ne serait plus juste dire que la dette est éteinte par la *datio in solutum*, elle le serait par la compensation. En outre, elle serait éteinte définitivement : or, nous verrons qu'en

cas d'éviction de la chose donnée en paiement, elle revit.

Les mêmes raisons servent à réfuter l'idée qui voit un louage de services dans le cas où le débiteur accomplit *factum pro pecunia*. En effet, les parties n'ont pas voulu former le contrat de *locatio operarum*, et l'extinction de la dette résulte du consentement des parties, aussitôt le fait accompli, mais non d'une prétendue compensation entre le salaire dû pour le fait accompli et le montant de la dette.

Nous ne verrons pas un échange dans le fait de *dare rem pro re*. Le créancier, en effet, recevant la *datio* faite par le débiteur, ne s'oblige pas à *rem dare*. Son obligation consiste simplement à regarder le débiteur comme libéré ; l'objet de cette obligation est donc un *factum*, nous sommes donc en présence non pas d'un contrat *do ut des*, mais d'un contrat *do ut facias*.

Enfin, certains auteurs ont vu également un contrat innommé dans le cas où le débiteur devant accomplir un fait accomplissait un autre fait, *factum pro facto*. Mais ils considèrent que l'obligation du créancier consiste à abandonner au débiteur le fait que celui-ci devait accomplir, qui était *in solutione*. Pour nous, il y a bien contrat innommé, l'obligation du débiteur consiste bien dans un fait, mais ce fait c'est de tenir le débiteur pour libéré.

Donc, dans tous les cas, que l'obligation primitive consiste dans un *dare* ou dans un *facere*, toujours l'obligation du créancier dans la *datio in solutum* aura pour objet un *factum*. On objecte que tenir le débiteur pour libéré par la prestation qu'il accomplit, renoncer à le poursuivre pour lui réclamer l'objet même de l'obligation, cela ne peut être considéré comme un *factum* dans le sens où ce mot doit être pris en matière de contrat in-

nommé. Nous n'en voyons pas la raison. Le mot *facere* a un sens très large, à tel point qu'il embrasse tout ce qui peut faire l'objet d'une obligation. (218, Dig., De verb. sign., L, 16.) Or, renoncer à poursuivre un créancier pour lui réclamer ce qui lui est dû, est un fait qui peut certainement faire l'objet d'une obligation. L'*acceptilatio* n'est qu'une obligation qui a pour objet un fait de cette nature, et le pacte de remise n'est qu'une obligation de même sorte non revêtue de formes solennelles. Qu'on ne dise pas que nous confondons la *datio in solutum* avec un contrat synallagmatique où le débiteur s'engagerait à *dare,* le créancier à faire *acceptilatio !* Ce procédé peut être employé et un procédé analogue est même mentionné par les lois 9, Dig., De præsc. verb., XIX, 5, et 4, Dig., De cond. caus. dat., XII, 4. Un pareil contrat exécuté de la part du débiteur constituerait encore, suivant nous, un contrat innommé *do ut facias*, l'obligation du créancier étant ici de faire une *acceptilatio*. La *datio in solutum,* au contraire, n'exige pas l'intervention de formes solennelles et la promesse du créancier de tenir le débiteur pour libéré, devra être exécutée non par une *acceptilatio,* mais par le fait de s'abstenir de toutes poursuites.

On ne peut donc dire que l'obligation primitive est éteinte par le fait même de l'accomplissement de la prestation par le débiteur. Elle est éteinte par suite de cet accord intervenu entre les parties que le créancier ne réclamera l'objet de l'obligation, c'est-à-dire par l'effet du contrat innommé. Est-elle éteinte *ipso jure* ou *exceptionis ope ?* Nous examinerons plus tard cette question. Quand il y a paiement, au contraire, prestation de l'objet dû, l'obligation est éteinte par le fait même de la prestation. C'est que, en effet, c'est pour le débiteur un droit d'éteindre son obligation par la prestation de la chose

due ; le créancier ne peut s'y opposer, quand il reçoit ce qui lui est dû, il n'a pas de consentement à donner pour perdre son droit de créance ; ou plutôt on pourrait dire que ce consentement il l'a donné d'avance dans la convention par laquelle il est devenu créancier, s'engageant tacitement à l'avance à perdre son droit de créance quand il recevra la chose due. Quand il reçoit une *datio in solutum*, il faut de toute nécessité son consentement pour qu'il perde son droit de créance, et, nous le répétons, c'est faire bon marché de ce consentement qui est nécessaire à la dation en paiement, que de voir dans cette opération une modification du paiement, et de dire que l'extinction de la dette est, comme au cas de paiement, produite *re*, par l'accomplissement de la prestation.

En résumé, et pour définir la *datio in solutum*, c'est la prestation par le débiteur d'un objet autre que l'objet dû, moyennant lequel le créancier consent à l'extinction de la dette.

CHAPITRE II

Conditions de validité de la « datio in solutum ».

De ce que la dation en paiement renferme une convention, il s'ensuit qu'un de ses éléments essentiels, c'est le consentement des parties et la validité de ce consentement, c'est-à-dire la capacité des parties. Par cette convention, le créancier renonce à son droit, grâce à la prestation d'un objet autre que l'objet dû.

Nous étudierons donc successivement :

1° Le consentement des parties ;

2° La capacité nécessaire pour faire et recevoir une *datio in solutum ;*

3° Quelles choses peuvent être données en paiement ;

4° Enfin nous établirons comme quatrième condition, que la dation doit produire tout l'effet sur lequel le créancier pouvait compter.

Chose remarquable, c'est que tous les auteurs qui refusent de reconnaître dans la *datio in solutum* un contrat synallagmatique, s'empressent immédiatement d'étudier, comme condition essentielle de cette opération, le double consentement des parties.

SECTION I

DU CONSENTEMENT DES PARTIES.

Presque tous les textes qui parlent de la *datio in solutum* emploient ces mots : *consentiente creditore*, G. III,

168. — 17, Code, De solut. et lib., VIII, 43. — Inst. III, 29, pr. Mais le consentement du débiteur est aussi indispensable que celui du créancier. En effet, si celui-ci a droit à recevoir ce qui est dû, celui-là aussi a le droit de ne payer que ce qu'il doit. Et le consentement de l'un comme de l'autre est indispensable pour la renonciation à son droit.

Il est des cas où le créancier peut se voir contraint d'accepter une dation en paiement, et des cas où les parties ne peuvent, par suite d'une prohibition légale, faire une dation en paiement. Pour terminer l'étude du consentement des parties, nous parlerons ensuite de la validité de ce consentement.

§ I. — *Cas dans lesquels le créancier peut se voir contraint d'accepter une « datio in solutum ».*

De ce que nous avons déjà dit sur la loi 99, Dig., De Sol. et liber., XLVI, 3, il résulte qu'il n'y a pas de *datio in solutum* dans le fait pour un débiteur d'une somme d'argent de verser des écus d'une forme plutôt que d'une autre; mais qu'il y a en ce cas paiement véritable, que, par conséquent, le créancier sera toujours contraint d'accepter.

Facultas solutionis. — Nous ne rangerons pas parmi les cas de dation en paiement forcée, l'hypothèse de la *facultas solutionis*. Sans rechercher ici quelles sont les différences qui séparent l'obligation conjonctive de l'obligation facultative, nous n'hésiterons pas à dire que la *facultas solutionis* n'est qu'une hypothèse particulière de *datio in solutum*. Dans les deux cas, en effet, le créancier permet au débiteur de se libérer en payant *aliud pro*

alio. Seulement, dans la *datio in solutum* proprement dite, le consentement du créancier intervient en même temps que celui du débiteur, c'est-à-dire en général un instant avant la prestation à titre de paiement, tandis que dans le cas d'obligation facultative, le consentement du créancier d'accepter *aliud pro alio* est donné au moment même de la formation du contrat ; le débiteur accepte cet engagement du créancier, qui souvent même est une condition de la formation du contrat, mais il ne fait de son côté aucune promesse d'exécuter la prestation qui est *in facultate solutionis*. C'est pourquoi il n'est tenu qu'à une chose, c'est d'accomplir la prestation qui est *in obligatione*, et il peut toujours empêcher la convention de *dare in solutum* de se former en ne s'engageant pas à *dare aliud pro alio*. Si, au contraire, il donne en paiement la chose qui est *in facultate solutionis*, c'est qu'il aura donné son consentement, c'est que la convention de *dare in solutum* aura été formée, et, par la prestation de cette chose, la dation en paiement sera complète, c'est-à-dire que le créancier sera obligé de tenir le débiteur pour libéré. On ne peut donc dire qu'il y ait ici un cas de *datio in solutum* forcée pour le créancier. Faisons seulement cette remarque, d'où nous pourrons tirer plus tard une conséquence importante, c'est que, en cas de *datio in solutum* proprement dite, le consentement du créancier est donné par simple pacte suivi, il est vrai, de *datio*, tandis que, en cas d'obligation facultative, il est donné soit dans la convention primitive, soit dans un pacte accessoire, mais adjoint à la convention principale.

Toutefois, ce consentement peut résulter d'une disposition de la loi. La *facultas solutionis* est alors dite légale, par opposition à la *facultas solutionis* conventionnelle. Indiquons les cas suivants :

1° Abandon noxal. L'orsqu'un esclave commet un délit,

le maître est obligé de réparer le dommage causé. Mais, au lieu de fournir le montant de la condamnation, il peut, *facultatem ex lege capit*, abandonner l'esclave qui a commis le délit (6, 1, Dig. De re judicata, XLII, 1).

2° Le vendeur lésé de plus de moitié peut demander la rescision de la vente (2 et 8, Code, De resc. vend., IV, 44). L'acheteur condamné à restituer peut se libérer en fournissant le supplément du juste prix, *vel, si emptor elegerit quod deest juste pretio recipies ;*

3° Le tiers détenteur d'un immeuble hypothéqué, tenu de restituer l'immeuble, peut se libérer en désintéressant le créancier, si... *aut pecuniam solvat, aut rem restituat, æque absolvendus est* (16, 3, Dig., De pign. et hyp., XX, I).

Compensation. — La compensation en droit romain, n'opère pas de plein droit ; il n'est pas même nécessaire que les dettes soient liquides, enfin elle est admise, au moins depuis Marc-Aurèle, dans les actions de droit strict et de bonne foi, *ex dispari causa.* Il s'ensuit qu'elle peut aboutir comme résultat à une dation en paiement forcée. Exemple : Je vous dois 100 ; vous me devez Stichus. A l'action par laquelle vous me réclamez les 100 qui vous sont dus, je vous réponds par l'exception de dol, en vous opposant que vous me devez Stichus. Le juge sera libre d'admettre la compensation, en liquidant lui-même les deux créances. Il peut donc m'obliger de recevoir au lieu des 100 qui me sont dus, la dation en paiement de la créance de Stichus que vous avez contre moi.

Enfin, un exemple de dation en paiement forcée pour le créancier nous est fourni par la Novelle IV, chap. 3, déjà citée plus haut. Un débiteur doit de l'or et se trouve

obéré ; il pourra se libérer en donnant des immeubles, qui devront être choisis parmi ses meilleurs, et dont la valeur sera appréciée par le juge. Il sera admis, dit le prince, à faire une *bonorum cessio* que le créancier ne pourra refuser. Il n'est donc pas tout à fait exact de dire qu'il y a dation en paiement forcée, il n'y a qu'une *bonorum cessio* forcée. Et voici la différence : celui qui fait une *bonorum cessio* fait bien l'abandon général de tous ses droits (17, pr., Dig., De receptis, IV, 8) ; mais il ne se dépouille pas de la propriété, pas même de la possession, et il peut, sous la condition de payer ce qu'il doit, reprendre ce qu'il a cédé. Les créanciers ne deviennent ni propriétaires, ni possesseurs des biens cédés, donc ils ne peuvent ni les garder en paiement, ni les usucaper (2 et 4, Code, qui bonis ced. poss., VII, 71). Tous leurs droits consistent à vendre (1).

§ II. — *Cas où la « datio in solutum » est prohibée par la loi.*

Lex commissoria. — Pour éviter les lenteurs de la mise en vente du gage et le risque de ne pas trouver d'acheteur, le créancier gagiste convient avec son débiteur, que si celui-ci ne paye pas à l'échéance, il deviendra propriétaire du gage. Cette *lex commissoria*, permise dans le droit classique, devint très fréquente ; elle est très défavorable au débiteur qui, pressé d'argent et rempli, comme tous les débiteurs en général, d'une

---

(1) Accarias, *Droit romain*, t. II, n° 780.

aveugle confiance dans les ressources qu'il pourra se procurer dans l'avenir, consentira presque toujours à cette convention qui est désavantageuse pour lui, la valeur du gage dépassant toujours le montant de sa dette. C'est pour le protéger contre les *captationes* que Constantin (3, Code, De partis pignorum, VIII, 35) défendit ce pacte commissoire, comme attentatoire à la liberté du débiteur.

Est-ce bien une *datio in solutum* qui est ici prohibée ? Pour répondre à cette question, il faut savoir si, au moment de l'échéance, une telle convention reste néanmoins possible. On n'a jamais mis en doute que la *datio in solutum* de l'objet même du gage ne soit possible après l'échéance de la dette : de même que la vente de cet objet, suivie de compensation avec la dette, serait également possible (12, pr., Dig., De distr. pign., XX, 5).

Cette *lex commissoria* est-elle prohibée dans l'intervalle qui sépare la constitution de gage de l'échéance ? Nous le croyons volontiers, car le débiteur est toujours à la merci du créancier, et il y a toujours la même raison de le protéger contre les *captationes* dont parle l'empereur. Toutefois il n'y a pas de texte pour le décider ainsi et Bartole, sur la loi 45, Dig., De Sol., XLVI, 3, est d'un avis contraire.

Ce que l'empereur défend, c'est donc la convention de *datio in solutum* au moment même de la formation du contrat de gage ; ce n'est donc pas une *datio in solutum* véritable, qui serait consentie au moment de l'échéance ; ce n'est même pas une *facultas solutionis*, car une convention de cette nature ne donne jamais au créancier le droit de réclamer la chose qui est *in facultate solutionis*, tandis que la convention qui a été défendue par Constantin, lui donnerait le droit de se dire propriétaire du gage.

§ III. — *De la validité du consentement des parties dans la « datio in solutum ».*

Les principaux vices qui peuvent altérer le consentement sont l'erreur, le dol et la violence. L'étude détaillée de la validité du consentement en matière de *datio in solutum*, rentre dans la théorie des contrats. Nous nous arrêterons seulement sur deux points : 1° erreur sur la dette à éteindre, ou sur le montant de cette dette ; 2° dol de l'une des parties dans la *datio in solutum*.

1° *Erreur sur la dette à éteindre, ou sur le montant de cette dette.* — Le débiteur a fait une *datio in solutum* pour une dette qui n'existe plus. Le transfert de propriété (nous supposons qu'il y a *datio stricto sensu*) aura lieu néanmoins. Car il suffit, pour que la tradition entraîne transfert de propriété, qu'elle ait été faite avec l'intention réciproque chez les parties d'aliéner et d'acquérir. Peu importe que les motifs qui les poussaient à agir ainsi soient faux ; la propriété n'en sera pas moins transférée. Le débiteur ayant cessé d'être propriétaire, n'a donc pas d'action en revendication pour reprendre la chose qu'il a tradée, il n'aura qu'une action personnelle. De même celui qui a livré une chose à titre de paiement, alors qu'il ne devait rien, ne pourra revendiquer la chose qu'il a livrée, mais n'aura qu'une action personnelle pour la reprendre : c'est la *condictio indebiti*. Par analogie avec le paiement, nous la donnerons à celui qui, dans les mêmes conditions, a fait une *datio in solutum*. Cette *condictio indebiti* n'est, en effet, qu'une espèce d'une autre *condictio* plus générale, la *condictio causa data causa non secuta*. Or, nous avons dit que la *datio in solutum* est un contrat innommé ; le débiteur a

accompli son obligation de *dare*, il est impossible pour le créancier d'accomplir la sienne, qui est de tenir le débiteur pour libéré. Le débiteur pourra, par conséquent, *condicere* la chose qu'il a donnée : il aura la *condictio causa data causa non secuta*, ou plus spécialement la *condictio indebiti*, et ce par analogie avec le paiement ; de même que dans tous les cas où il y a lieu à garantie, on donne par analogie avec la vente, une *actio empti*.

Supposons maintenant que l'erreur porte seulement sur le montant de la chose due. Devant 100, je crois devoir 200, et je donne en paiement de l'huile pour 200, (26, 5 Dig. De cond. ind., XII, 6) ; devant une partie d'un fonds qui vaut 200, je crois devoir le fonds tout entier et je donne en paiement une somme de 200 (26, 6. *idem*) : je pourrai *condicere* ce que j'ai livré en trop, parce que c'est pour cette partie seulement que ma tradition manque de cause. Le paragraphe 4 de la même loi fait cependant une exception à cette règle : devant 100, je crois devoir 200, je livre un fonds de 200. Si l'on suivait la règle que nous venons d'indiquer, il faudrait admettre que le débiteur pourra seulement *condicere* la moitié du fonds. Ulpien, dans cette hypothèse, décide qu'il pourra répéter le fonds tout entier. Paul donne la même solution dans la loi 84, pr., Dig., De reg. juris, L, 17 ; mais le motif que donnent les deux jurisconsultes n'est pas le même. Paul dit qu'on ne pourra répéter une partie de la chose donnée en paiement que si cette chose est indivisible ; *quum pars non invenitur quæ repeti possit*. Ulpien va beaucoup plus loin, puisqu'il refuse même la répétition d'une partie d'un fonds, lorsque ce fonds peut se diviser facilement, et il fonde sa décision sur cet adage : *nemo invitus compellitur ad communionem* ; il refuse la répétition de

partie du fonds à cause des inconvénients et des dangers que présente l'état d'indivision (1).

Supposons maintenant que le débiteur de 200, croyant devoir 100, donne en paiement un objet de 100. Nous pensons que le débiteur restera tenu pour 100, à moins que le créancier, voyant la situation du débiteur embarrassée et voulant sauver une partie de sa créance, n'ait fait remise totale de la dette, moyennant la prestation d'un objet que le débiteur a entre les mains.

2° *Dol de l'une des parties.* — Supposons que le débiteur ait pratiqué des manœuvres frauduleuses pour obtenir le consentement du créancier à recevoir *aliud pro alio*. Cette hypothèse est prévue par Marcien (46, 2, Dig., De solut., XLVI, 3). Le débiteur a donné en paiement un fonds, qui par suite de son dol a été estimé au-dessus de sa valeur. Il n'est pas libéré, *non liberatur*.

Il en est cependant autrement au cas où le bébiteur a pratiqué des manœuvres frauduleuses pour obtenir que le créancier opère extinction (38, Dig., De dolo, IV, 3). Cette solution donnée par Ulpien est d'accord avec les principes généraux du droit romain, qui veulent que le dol des parties n'empêche pas la validité de l'acte entaché de dol. La partie trompée aura seulement recours à des remèdes prétoriens qui sont : l'*actio de dolo* et subsidiairement la *restitutio in integrum*.

---

(1) La loi 26, Dig., De cond. ind., sert à réfuter l'idée que la *datio* en paiement est une vente : s'il y avait vente, en effet, le débiteur ne pourrait réclamer le fonds tout entier ou une partie de la chose donnée en paiement, il n'aurait qu'un droit, celui de réclamer la différence entre le prix de la chose livrée et le montant de sa dette.

Pourquoi donc ces principes ne sont-ils pas applicables à la *datio in solutum* ? Les auteurs qui voient dans la *datio in solutum* une modification du paiement, sont bien embarrassés pour mettre d'accord cette solution de Marcien avec leur théorie. Ils expliquent que si la dation en paiement est nulle, ce n'est pas à cause du dol, mais parce qu'il y a eu, dans l'hypothèse prévue par le texte, estimation, parce que le créancier a dû alors compter sur la valeur de la chose donnée en paiement, et qu'il y avait là une condition tacite de son acceptation.

Mais si les parties, sans manœuvres frauduleuses, avaient fait de bonne foi l'estimation, il y aurait seulement erreur sur la valeur de la chose ; or, il n'est pas prouvé en ce cas que les parties aient considéré cette valeur de la chose comme une qualité substantielle, car l'*error in substantia* seule peut faire annuler la convention. D'ailleurs la loi 46, 2, fonde bien sa décision sur le dol : *si quis per dolum pluris æstimatum fundum in solutum dederit, non liberatur*. Et cette décision est facilement explicable, quand on voit dans la *datio in solutum* ce qu'elle est réellement, c'est-à-dire une convention, un contrat innommé. Le dol en effet n'empêche pas la convention d'être valable, mais cela est vrai seulement dans les contrats de droit strict. Dans les contrats de bonne foi, l'équité l'emporte, l'exception de dol est inhérente dans tous les contrats de bonne foi, la victime du dol peut donc repousser l'action de l'autre partie en lui opposant le dol ; ce qui revient à dire que le contrat de bonne foi entaché de dol est nul. Or, les contrats innommés étant synallagmatiques sont de bonne foi (1).

---

(1) Accarias, *Droit romain*, t. II, n° 870.

Par conséquent, la décision de Marcien qui déclare nulle la *datio in solutum* entachée de dol est conforme aux principes généraux.

SECTION II

DE LA CAPACITÉ NÉCESSAIRE POUR FAIRE ET RECEVOIR UNE « DATIO IN SOLUTUM »

§ I. — *Qui peut faire une « datio in solutum »?*

De même que la novation peut être accomplie par un autre que le débiteur, de même que le paiement peut être effectué par un autre que le débiteur, de même la *datio in solutum* peut être faite par une autre personne que le débiteur. En effet, il est un principe, que pour améliorer la condition d'un tiers, il n'est pas besoin de son consentement.

Signalons à ce sujet une différence avec le paiement. Le paiement peut être fait par une personne quelconque ; toutefois, s'il s'agit d'un fait personnel au débiteur, cette règle ne s'applique pas ; et s'il s'agit d'une obligation de ne pas faire, elle ne pourra être exécutée que par l'abstention du débiteur lui-même. Ces exceptions ne se rencontrent pas dans la *datio in solutum* ; cette opération en effet exige le consentement du créancier et il peut tenir le débiteur pour libéré, même dans ces deux cas, moyennant le fait ou l'abstention d'un tiers.

Le débiteur sera libéré par la prestation faite par un tiers à titre de paiement, même si elle a été faite à son insu, *sive ignorante vel invito*. Mais le tiers aura un recours

contre le débiteur par l'*actio mandati contraria* ou par l'*actio negotiorum gestorum contraria*, à moins qu'il n'ait agi *animo donandi* ou *invito creditore*.

Faire une *datio in solutum*, c'est diminuer son patrimoine ; il faut donc que celui qui la fait soit capable de rendre sa condition pire. S'il s'agit d'une *datio stricto sensu*, il faut donc qu'il soit propriétaire et capable d'aliéner. S'il n'est pas propriétaire, il ne transfère pas la propriété, le *verus dominus* peut revendiquer, le créancier n'obtient pas la *satisfactio* désirée, le débiteur n'est pas libéré (1).

Toutefois la dation en paiement de la chose d'autrui, nulle en principe, peut être validée *ex post facto* par suite de l'impossibilité pour le véritable propriétaire d'exercer son action en revendication, ce qui arrivera lorsque le créancier aura consommé la chose de bonne foi (78, Dig., De Solut., XLVI, 3), lorsqu'il l'aura usucapée (60, Dig., idem).

Si le *tradens in solutum* est propriétaire, mais non capable d'aliéner, le débiteur ne sera pas libéré. Exemple : Un pupille fait une *datio in solutum sine auctoritate tutoris. Pecuniam non facit accipientis.* (Inst., II, 8.) Il pourra revendiquer. Toutefois s'il s'agissait d'un paiement ordinaire, fait en vertu d'une dette valable et exigible, le pupille échouerait dans sa revendication devant l'exception de dol, parce qu'il y aurait dol de sa part à répéter une chose que le créancier pourrait lui

---

(1) Ce transfert de propriété dérive aussi de la 4e condition essentielle à la validité de la *datio in solutum*, à savoir qu'elle doit produire l'effet sur lequel le créancier a compté.

réclamer aussitôt après ; il lui fallait, pour agir, un intérêt sérieux. En est-il de même dans le cas de *datio in solutum?* Non, car le pupille a évidemment toujours un intérêt sérieux à réclamer l'application de cette règle fondamentale que ce qui doit être payé, c'est l'objet dû et pas autre chose. Il pourra donc exercer l'action en revendication, et la dation en paiement sera nulle. Si l'action en revendication n'est plus possible par suite de la consommation de la chose donnée, il aura l'action *ad exhibendum* contre le créancier de mauvaise foi ; la *condictio sine causa* contre le créancier de bonne foi.

Si maintenant nous supposons que la *datio in solutum* consiste dans un fait, il suffira que celui qui la fait soit capable de rendre sa condition pire. Sinon, il aura la *condictio sine causa* (1).

§ II. — *Qui peut recevoir une « datio in solutum »?*

Le créancier peut consentir à recevoir une *datio in solutum*. Mais il faut pour cela qu'il puisse rendre sa condition pire, car recevoir une *datio in solutum* c'est renoncer à sa créance. Si donc on fait une *datio in solutum* à un pupille *sine auctoritate tutoris*, elle n'est pas libératoire. Le pupille pourra réclamer l'objet dû, sauf au débiteur à repousser cette action en paiement par l'exception de dol, en tout ou en partie, suivant que la dation en paiement aura tourné en tout ou en partie au profit du pupille. Même si le pupille est régulièrement

(1) Par analogie, Accarias : *Droit romain*, t. II, n° 690.

secondé par son tuteur, le débiteur pourra voir revivre sa dette par l'effet d'une *in integrum restitutio*. Mais nous appliquerons ici la décision de Justinien, d'après laquelle un débiteur peut valablement se libérer entre les mains du tuteur et du curateur, en se faisant autoriser par une sentence judiciaire rendue sans frais (25, Code, De adm. tut., V, 37).

SECTION III

CHOSES QUI PEUVENT ÊTRE DONNÉES EN PAIEMENT

Peut faire l'objet d'une *datio in solutum*, toute chose susceptible de produire quelque utilité au créancier, toute chose qui peut augmenter son patrimoine. Les exemples de *datio in solutum* cités par les textes s'occupent plus spécialement du cas où une *res* est donnée en paiement ; mais la formule *aliud pro alio solvere* montre bien que les Romains ne s'en tenaient pas là et admettaient la *datio in solutum* de toute chose, que ce soit un objet corporel, un fait ou un droit de créance, *res*, *factum*, *nomen*.

Dation en paiement d'une « res ». — Pour qu'une chose corporelle puisse être donnée en paiement, il faut qu'elle soit dans le commerce. Ainsi, ne peut être donné en paiement un homme libre que l'on croit esclave, *liber in servitute* (8, Code, De sent., VIII, 45), ni un immeuble dotal, bien qu'il ne soit hors du commerce que temporairement. Il faut encore que la chose ne soit pas hors du commerce à l'égard du créancier : ainsi un gouverneur de province ne pourra recevoir en paiement un fonds situé dans sa

province (62, pr., Dig., De contr. empl., XVIII, 1) ; le tuteur ou curateur ne pourra recevoir les biens du pupille ou de l'individu en curatelle (34, 7, *id.*).

Au lieu de recevoir une chose en pleine propriété, le créancier pourra recevoir du débiteur un droit réel quelconque, pourvu que cette cession soit possible, soit un droit d'usufruit, soit une servitude prédiale attachée spécialement à un fonds, soit la renonciation du débiteur à un droit réel qu'il possédait sur le fonds du créancier.

Dation en paiement d'un fait. — Tout fait appréciable en argent, pourvu qu'il ne soit pas contraire aux bonnes mœurs ni contraire à la loi, peut faire l'objet d'une *datio in solutum*. Si le fait est illicite, la *datio in solutum* ne sera pas libératoire, le créancier pourra toujours agir par l'action de sa créance. Dans un cas cependant il sera repoussé par l'exception de dol : c'est lorsqu'il y aura *turpitudo* de sa part. Il sera alors repoussé par application de la maxime : *Nemo auditur turpitudinem suam allegans.*

Dation en paiement d'une créance. — Une créance peut-elle être donnée en paiement ? Des textes parlent de la dation en paiement d'une créance (5 Code, Quando fiscus, IV, 15. — 6, Code, De oblig. et act., IV, 10). S'agit-il d'une véritable *datio in solutum*, dans le sens où nous avons pris cette expression, c'est-à-dire d'un contrat innommé, le débiteur accomplissant une prestation, le créancier renonçant à un droit ? Il faut pour répondre distinguer les différents procédés par lesquels un débiteur peut désintéresser son créancier en faisant passer une créance de son patrimoine dans celui de ce créancier. Secundus doit 100 à Primus ; et ils conviennent que Secundus sera libéré s'il donne à Primus

sa créance contre Tertius. Comment va se réaliser cette convention ? Il y a plusieurs moyens pour céder une créance. D'abord le nouveau débiteur Tertius peut promettre par stipulation à Primus les 100 que lui devait Secundus : c'est la novation. Ou bien Primus écrira sur son registre qu'il a reçu 100 de son débiteur Secundus, et qu'il les a ensuite prêtés à Tertius : c'est la *transcriptio a persona in personam.* Dans ces deux cas, le débiteur est libéré de son obligation en vertu de l'acte même par lequel le créancier est devenu titulaire de la nouvelle créance, en vertu de la novation, de la *transcriptio a persona in personam.* Car, il est de principe que la novation, et nous en dirons autant de la *transcriptio a persona in personam,* ont tout à la fois un effet extinctif et un effet créateur. Donc c'est l'exécution même de la convention intervenue entre les parties qui produit la libération du débiteur ; tandis qu'il n'en est pas de même quand, par exemple, une chose corporelle est donnée en paiement : ce n'est pas la *datio* qui libère le débiteur, c'est la convention dans laquelle on trouve l'engagement du créancier de tenir le débiteur pour libéré. Si donc on dit qu'il y a *datio in solutum* dans les cas que nous venons d'examiner, il faut entendre cette expression dans un sens plus large que celui que nous lui avons attribué et la prendre comme synonyme de *satisfactio.*

Mais plus tard le débiteur put employer un autre procédé pour transférer une créance. Nous n'avons pas à parler du transport de créance en droit romain : disons seulement qu'il put se faire par la *procuratio in rem suam.* Le créancier qui reçoit, au moyen de ce procédé, une créance qui lui est donnée en paiement par son débiteur, sera investi de ladite créance, de la même manière que celui qui reçoit par tradition une *res* qui lui est don-

née en paiement est investi du droit de propriété ; et dans l'un comme dans l'autre cas la libération du débiteur sera produite par la convention intervenue entre les parties, et dans laquelle on trouve l'engagement du créancier de tenir le débiteur pour libéré.

SECTION IV

LA « DATIO IN SOLUTUM » DOIT, POUR ÊTRE LIBÉRATOIRE, PRODUIRE TOUT L'EFFET SUR LEQUEL LE CRÉANCIER ÉTAIT EN DROIT DE COMPTER.

Cette condition se justifie très simplement dans la théorie que nous avons adoptée. En effet, pour que le droit sanctionne un contrat innommé, il faut qu'une des parties ait rempli son engagement : à cette condition seulement le débiteur sera libéré. Si donc la dation en paiement consistait dans la *datio* d'une *res*, il faudra que la propriété soit transférée au créancier (1). Bien différente donc est la vente qui n'oblige jamais le vendeur à transférer la propriété, à *dare rem*. Cette règle explique encore pourquoi il faut que le débiteur soit propriétaire de l'objet donné en paiement, à la différence du vendeur qui n'est pas obligé de remplir cette condition. Si le débiteur n'était pas propriétaire, mais que le créancier ait reçu la chose de bonne foi, l'usucapion sera possible, et c'est au moment seulement où elle sera accomplie, que la

(1) Molitor, t. III, § 980, p. 212.

dation en paiement deviendra libératoire. *Is qui alienum hominem in solutum dedit, usucapto homine liberatur* (60, Dig., De solut., XLVI, 3). Un texte d'Hermogemen, la loi 41, Dig , De usurp., XLI, 3, nous dit que cette usucapion s'accomplira au titre *pro soluto*. D'où nous conclurons que la *datio in solutum* n'est pas une vente, car alors l'usucapion aurait eu lieu au titre *pro emptore*, et la bonne foi, nécessaire seulement au moment de la remise de la chose, aurait dû exister, non seulement à ce dernier moment, mais encore au moment de la convention (2, pr., Dig., Pro empt., XLI, 4. — 48, Dig., De usurp., XLI, 3).

Il pourra arriver aussi que le créancier ait reçu une chose d'un *non dominus* et qu'il l'ait consommée de bonne foi. (19, 1, Dig., De reb. creditis, XII, 1.) La dation en paiement deviendra alors libératoire, car la revendication étant désormais impossible, l'*accipiens* ne peut plus être évincé.

Qu'arriverait-il maintenant, si l'*accipiens* était évincé de la chose reçue à titre de *datio in solutum* ? C'est une question que nous examinerons plus tard, quand nous étudierons les effets de la dation en paiement à l'égard des tiers (1).

---

(1) Il peut arriver que le créancier ait consenti à recevoir en paiement une chose connaissant bien la cause d'éviction qui le menaçait. En ce cas, il y aura encore bien *datio in solutum*, mais la prestation que reçoit le créancier n'est plus, à proprement parler, une *datio*, ce sera plutôt un fait. Guimbaud (*Thèse*, p. 130, note 1) admet qu'il y a pacte de remise dans cette opération. Nous sommes du même avis, mais nous ne voyons pas pourquoi il fait une différence entre cette hypothèse et celle où un fait quelconque est donné en paiement.

Si la chose donnée en paiement est un fait, l'effet libératoire ne se produira que lorsque le fait sera complètement exécuté. Si c'est une créance, l'effet libératoire se produira lorsque la créance cédée se trouvera entrée irrévocablement dans le patrimoine du créancier. Ainsi, comme au cas de *procuratio in rem suam*, le cessionnaire n'est investi définitivement de la créance que lorsqu'il a poussé les poursuites jusqu'à la *litis contestatio*, l'effet libératoire ne se produira qu'à ce moment ; plus tard, lorsque le procurateur eut des actions utiles, et qu'il put se dire maître de la créance après une *denuntiatio* faite au débiteur cédé (3, Code, De novat. et deleg., VIII, 42), l'effet libératoire remonta au jour où la formalité de cette *denuntiatio* fut remplie.

CHAPITRE III

Effets de la « datio in solutum ».

Nous étudierons successivement ces effets :
1° Vis-à-vis du débiteur ;
2° Vis-à-vis du créancier ;
3° A l'égard des tiers.

SECTION I

EFFETS DE LA « DATIO IN SOLUTUM » VIS-A-VIS DU DÉBITEUR.

Le débiteur est libéré. Le créancier ne peut plus exercer l'action de sa créance et obtenir la chose qui en faisait l'objet, même en restituant celle qui lui a été donnée en paiement ; et le débiteur ne peut plus reprendre cette chose en offrant celle qui était due (10, Code, De Solut., VIII, 43). *Successores ejus qui major XXV annis in solutum pro debito jure mancipia dedit, hæc revocare non posse constat.* La chose donnée en paiement est alors aux risques et périls du créancier qui profite des augmentations de valeur comme des dépréciations.

Le débiteur est donc libéré. Est-ce à dire que le créancier ne puisse plus exercer son action contre lui, ou bien a-t-il encore cette action que le débiteur pourrait para-

lyser à l'aide d'une exception ? En un mot, la *datio in solutum* opère-t-elle *ipso jure* ou seulement *exceptionis ope ?* En nous reportant aux principes que nous avons exposés sur la nature juridique de la *datio in solutum*, la véritable solution pour nous ne saurait être douteuse. En effet, la *datio in solutum* étant un contrat innommé par lequel le créancier consent à tenir le débiteur pour libéré, moyennant une prestation autre que l'objet dû ; elle implique par conséquent un pacte de remise joint à cette prestation. Or, le pacte *de non petendo* n'éteint la dette que *exceptionis ope.*

Cette doctrine fut évidemment celle qui fut admise au début du droit romain, et c'est aussi certainement « la doctrine la plus exacte » (1) et « la plus conforme à la vérité » (2). Mais plus tard une controverse célèbre s'éleva sur ce point entre les deux écoles rivales des Proculiens et des Sabiniens : elle nous a été révélée par le sabinien Gaïus. (Inst. de Gaïus, III, 168.) *Unde quæritur, si quis consentiente creditore aliud pro alio solverit, utrum ipso jure liberetur, quod nostris præceptoribus placet, an ipso jure maneat obligatus, sed adversus petentem exceptione doli mali defendi debeat, quod diversæ scholæ auctoribus visum est.* Ainsi pour les Proculiens, fidèles aux vrais principes, la dette est éteinte *exceptionis ope ;* les Sabiniens, au contraire, admettent l'extinction *ipso jure.*

Gaïus nous dit que les Proculiens donnaient au débi-

---

(1) Gide, *Novation*, p. 131. — Cf. Demangeat, *Cours élém.*, II, p. 498.

(2) Accarias, *Droit romain*, t. II, nº 691.

teur pour se défendre l'exception de dol. *Sed adversus petentem exceptione doli mali defendeat.* Nous avons dit que nous lui donnions l'exception de pacte. Est-ce que notre solution serait encore différente de celle des Proculiens ? Non, car l'exception de dol est générale (1) et peut suppléer l'exception de pacte (2, 3 et 4, Dig., De dol mal. et metus exc., XLIV, 4). *Dolo enim facere eum qui contra pactum petat, negari non potest.*

Nous disons que la doctrine proculienne est plus conforme à la vérité. Car les pactes n'éteignent pas l'obligation *ipso jure* et la translation de propriété d'une chose qui n'est pas due ne peut avoir aucun effet extinctif. Gaïus ne nous dit pas sur quoi se fondaient ses maîtres pour admettre cet effet libératoire de plein droit : évidemment sur la ressemblance qu'il y a entre la dation en paiement et un paiement véritable. Mais ce n'est pas une raison, parce qu'il y a analogie entre ces deux hypothèses, pour les confondre, pas plus qu'on ne doit confondre la dation en paiement avec la vente. Nous avons insisté dans notre chap. I^er^ sur ce point que le paiement peut se faire sans la volonté du créancier et même sans la volonté du débiteur, puisqu'il peut être contraint au paiement. La *datio in solutum* est bien différente, puisqu'elle exige tout à la fois le consentement du débiteur et du créancier, l'un consentant à donner autre chose que l'objet dû, l'autre renonçant à se prévaloir du droit de réclamer la chose qui fait l'objet de la dette.

Mais plusieurs raisons sérieuses pouvaient en effet être admises pour admettre l'extinction *ipso jure*. Nous avons

---

(1) Accarias, *D. romain*, III, n° 905.

vu que la *facultas solutionis* n'était qu'une hypothèse particulière de *datio in solutum*, avec cette différence que le consentement du créancier, au lieu d'être donné avant la *datio*, est adjoint au contrat principal ou même en fait partie. En ce cas le pacte de remise étant adjoint *in continenti*, la libération aura lieu de plein droit lorsque le débiteur aura consenti à la remise de la chose qui est *in facultate solutionis*, et l'aura livrée en effet, et comme ce pacte adjoint est dans l'intérêt du débiteur, il importe peu de distinguer s'il est adjoint à un contrat de droit strict ou à un contrat de bonne foi. Dans un cas tout particulier de *datio in solutum*, Paul se demande si la libération aura lieu de plein droit ou *exceptionis ope* (44, 4, Dig., De obl. et act., XLIV, 4). Il s'agit de l'*accessio rei*. Comme dans l'obligation facultative, le consentement du créancier à recevoir *aliud pro alio* est donné au moment du contrat primitif. La différence est qu'au lieu de consentir seulement à recevoir une chose en place de la chose due, il consent de plus à ce que cette chose soit livrée à un autre que le créancier. *Accessio rei fit quum mihi decem, aut Titio hominem stipulor. Ubi quæritur an ipso jure fiat liberatio, homine soluto Titio.* — D'ailleurs, n'oublions pas que nous avons considéré la *datio in solutum* comme étant un contrat innommé. Celui qui avait exécuté le premier n'avait pas, au début du droit romain, d'action pour contraindre l'autre partie à exécuter ; il pouvait seulement répéter ce qu'il avait livré par une *condictio sine causa* ou *causa data causa non secuta*. Si donc le débiteur a fourni une prestation à titre de dation en paiement et que le créancier, n'exécutant pas le pacte de remise qu'il a consenti, le poursuive néanmoins pour demander l'objet de sa créance, le débiteur obligé d'exécuter pouvait exercer cette *condictio* pour répéter cette prestation. Mais,

comme il eût été contraire à la bonne foi et à la convention de le forcer à exécuter son obligation primitive pour lui donner ensuite le droit de répéter ce qu'il avait livré, ou lui permettait de ne pas exécuter en opposant *l'exceptio pacti conventi* ou *doli mali*. Plus tard, on donna à la partie qui a exécuté la première un contrat innommé, une action pour exiger l'exécution de l'obligation de l'autre (*actio præscriptis verbis*). N'était-il pas logique alors, dans le cas de *datio in solutum*, de permettre aussi au débiteur de repousser l'action du créancier, non plus seulement par une exception, mais *ipso jure* ; car ce moyen de repousser une action *ipso jure*, équivaut à une action que l'on donnerait au débiteur pour se faire considérer comme libéré de cette action (1).

Ce sont sans doute toutes ces raisons que les Sabiniens avaient en vue pour dire que l'effet libératoire de la *datio in solutum* se produit *ipso jure*. Demandons-nous maintenant quelles sont les conséquences pratiques et l'intérêt de cette controverse. Cet intérêt se manifeste surtout au point de vue de la procédure, et c'est à la procédure formulaire qu'il faut se reporter. Si la dette est éteinte *ipso jure*, le débiteur poursuivi n'a pas à faire insérer son moyen de défense dans la formule. Si elle n'est éteinte qu'*exceptionis ope*, l'insertion de l'exception *doli mali* est nécessaire. Mais cet intérêt ne se présente que dans

---

(1) On ne pourrait dire que le débiteur doit être libéré de plein droit, parce que le pacte de remise qui lui est consenti est adjoint à la dation qu'il fait. En effet, le droit civil romain sanctionne bien un pacte adjoint à une dation, mais ces mots « pactes adjoints à une dation » ne s'entendent que de pactes qui diminuent ou étendent les effets de cette dation, et non de pactes qui tendraient à lui donner un effet qu'elle n'a pas par elle-même.

les actions de droit strict, car *exceptio doli in bonæ fidei judiciis inest* (21, Dig., Solut. matr., XXIV, 3). Et encore le défendeur qui a oublié de faire insérer l'exception dans la formule d'une *actio stricti juris*, pourra obtenir une *restitutio in integrum* pour modifier la formule (Gaïus, IV, 125). — Le deuxième intérêt pratique de la controverse entre les Sabiniens et les Proculiens, c'est qu'un simple pacte faisait revivre la dette éteinte seulement *per exceptionem*, car si le débiteur oppose l'*exceptio doli*, le créancier répliquera par la *replicatio doli*. Mais cet intérêt est assez peu pratique dans notre hypothèse, car jamais le débiteur qui a accompli une prestation ne consentira à ce que l'obligation primitive revive pour lui.

L'intérêt de cette controverse est donc plus théorique que pratique. Quoiqu'il en soit, il semble bien que ce soit la doctrine des Sabiniens qui finit par l'emporter (1, 5, Dig., De pec. const., XIII, 5 — 26, 4, Dig. De cond .ind., XII, 6 — 46, Dig., De sol., XLVI, 3). Une constitution de Dioclétien et de Marcien vint la consacrer : *Manifesti juris est tam alio pro debitore solvente, quam rebus pro munerata pecunia consentiente creditore datis, tolli paratam obligationem* (17, Code, De sol., VIII, 43). Et les Institutes nous disent : *Tollitur autem omnis obligatio solutione ejus quod debetur, vel si quis consentiente creditore alium pro alio solverit* (III, Inst., 29, pr.).

Mais à cette époque où la procédure formulaire est substituée par le mode de procédure *extra ordinem*, nous nous demandons quel intérêt il peut bien y avoir à ce qu'une obligation soit éteinte *ipso jure* ou *exceptionis ope*. Et il y a même cette concordance que la constitution qui la première considéra la *datio in solutum* comme

opérant *ipso jure*, est des mêmes empereurs Dioclétien et Maximien, que celle qui, en l'an 294 pour l'empire d'Orient et en l'an 305 pour l'empire d'Occident, consacra la suppression du système formulaire (2, Code, De ped. jud., III, 3).

SECTION II

EFFETS DE LA « DATIO IN SOLUTUM » VIS-A-VIS DU CRÉANCIER

Sa créance est éteinte, mais il devient propriétaire de la chose donnée en paiement. Il peut arriver cependant que le transfert, quoique paraissant très régulier à l'origine, ne soit pas complet, la chose donnée renfermant des vices ou venant à être enlevée au créancier par suite d'une éviction. D'une façon plus générale, il peut arriver que la chose donnée en paiement, qu'elle soit une *rés*, un *nomen* ou un *factum*, ne produise pas tout l'effet sur lequel le créancier était en droit de compter. Nous avons alors à nous demander quels seront les droits du créancier et si l'effet extinctif subsistera.

Examinons d'abord le cas de dation en paiement d'une chose corporelle, et supposons que le créancier vienne à être évincé de cette chose, quelle action aura-t-il ? Une action en garantie ou l'action de son ancienne créance ? S'il a une action en garantie c'est que l'effet extinctif subsiste ; s'il a l'action de son ancienne créance, c'est que l'obligation primitive n'est pas éteinte et l'effet extinctif est censé ne s'être jamais produit.

Remarquons d'abord bien l'intérêt que le créancier aura à agir par l'une ou l'autre action. S'il a une action

en garantie, ce sera l'*actio ex empto utilis* (1) ; il se fera alors indemniser du dommage causé lors de l'éviction. Si, au contraire, il a l'action primitive de sa créance, il n'aura que le droit de demander le montant de cette créance. En supposant donc que, au moment de la *datio*, la valeur de cette *datio* fût exactement la même que la valeur de la chose due, il arrivera presque toujours que la valeur de cette *datio* augmentera ou diminuera et le créancier aurait ainsi avantage ou désavantage à agir par l'*actio ex empto utilis :* en un mot, agissant par cette dernière action, il a pour lui les risques de la chose.

Souvent le créancier aurait avantage à agir par l'action de son ancienne créance ; c'est lorsque des sûretés accessoires étaient attachées à cette créance. S'il agit, au contraire, par l'action en garantie, il ne pourra y rattacher ces sûretés, car alors il considère la dette comme éteinte, et avec elle les sûretés qui en garantissaient le remboursement.

Enfin, la question présenterait, a-t-on dit, un troisième intérêt. L'action *empti utilis* ne pourrait être exercée qu'après l'éviction, si le créancier est de bonne foi, de même qu'en matière de vente l'*actio empti* ne peut être exercée qu'après l'éviction. Il est hors de doute au contraire que l'action de l'obligation primitive pourrait être exercée même avant l'éviction, lorsque le danger de cette éviction est connu ; en effet, le créancier n'est tenu à considérer le débiteur pour libéré que si celui-ci a rempli complètement son obligation qui est de rendre le créancier propriétaire ; la loi 60, Dig., De sol., XLVI, 3,

---

(1) Voir les explications fournies au chapitre I^er^.

le prouve *a contrario*, puisqu'elle n'admet la libération de celui qui a donné en paiement l'esclave d'autrui qu'après que l'usucapion aura été accomplie par le créancier : donc avant cette usucapion, le débiteur pouvait être poursuivi en paiement. Nous croyons que l'intérêt invoqué ici n'existe pas, et qu'il faudrait permettre au créancier évincé d'agir par l'*actio empti utilis* même avant l'éviction. L'argument d'analogie tiré de ce qui se passe en cas de vente est mal choisi : le vendeur, en effet, n'est pas obligé de transférer la propriété, comme celui qui fait une *datio in solutum*. Nous pensons donc que, si l'on donne au créancier le droit d'agir en garantie, il faudra lui permettre d'exercer ce recours même avant qu'il ait subi l'éviction dont il est menacé, de sorte qu'ici l'*actio utilis ex empto* serait donnée pour un cas où l'on refuse l'action *ex empto* directe.

Etudions maintenant les textes et voyons laquelle de ces deux actions est donnée au créancier. Deux textes lui donnent l'*actio ex empto utilis* (Ulpien, 24, pr., Dig., De pigner. act., XIII, 7). Un créancier s'est fait attribuer par rescrit impérial l'objet du gage ; il vient à en être évincé. Aura-t-il l'*actio pigneratitia contraria* ? Non, dit Ulpien. L'action née du gage est éteinte. *Et videtur finita esse pignoris obligatio et a contractu recessum.* Il est dans la même situation que s'il avait reçu la chose à titre de *datio in solutum* : il aura donc l'*actio utilis ex empto*.

Un rescrit d'Antonin Caracalla, 4, Code, De evict., VIII, 45, vise l'hypothèse suivante : Je vous donne en paiement un fonds hypothéqué. Les créanciers hypothécaires exerçant leurs droits par la poursuite de la chose vous évincent. Vous aurez contre moi, dit le rescrit, l'*actio utilis ex empto,* par analogie de ce contrat avec la vente.

Nam hujusmodi contractus vicem venditionis obtinet.

Voici maintenant d'autres textes qui permettent au créancier d'agir par l'action primitive de sa créance (Paul, 98, pr., Dig., de Solut., XLVI, 3). Un père hypothèque tous ses biens pour sûreté d'une dette quelconque ; ensuite il marie sa fille et comme garantie de la dot qu'il lui constitue, il hypothèque un de ses biens. Puis il donne ce fonds deux fois hypothéqué à son gendre en paiement de la dot. Le gendre est évincé par le créancier auquel en premier ordre les biens du père avaient été hypothéqués. Le mari pourra réclamer la dot à son beau-père en vertu de la promesse de dot, comme il le pourrait s'il avait reçu en paiement un homme libre que l'on croyait esclave, ou une chose léguée sous condition et qui viendrait à lui être enlevée par l'avènement de la condition.

Marcien, 46, pr., Dig., De Sol., XLVI, 3, est du même avis. Si le créancier est évincé de la chose reçue à titre de dation en paiement, *manet pristina obligatio*. Et il importe peu que l'éviction ait lieu pour le tout ou pour partie, l'obligation primitive subsiste toujours, car le créancier n'aurait pas reçu une chose en paiement s'il n'avait pas cru qu'elle devienne sa propriété pour le tout, *nisi pro solido ejus fiat.*

Une constitution de Diocletien et de Maximien, 8, Code, De Sentent. et interl., VII, 45, décide : Théodora que l'on croyait esclave, a été vendue ou donnée en paiement. Puis elle déclarée libre par le juge et ce jugement n'est point susceptible d'appel. Si dans l'instance en réclamation de liberté, j'avertis mon auteur, je pourrai me faire indemniser par l'*actio ex empto*, s'il y a vente ; par l'action primitive de ma créance, *ob debitum reddendum*, dit le texte, s'il y a *datio in solutum.*

Divers systèmes ont été proposés pour concilier ou expliquer ces textes (1). Un premier groupe se rattache par un point commun : il considère que la simultanéité des deux actions accordées ensemble serait inadmissible. Car, dit-on, si l'obligation primitive subsiste, c'est que l'opération nouvelle n'est pas efficace, autrement elle aurait pour cause l'extinction de l'ancienne créance. Des rapports nouveaux n'ont pu se créer entre les parties que si les rapports antérieurs ont cessé. Si donc il existe un acte nouveau dont on puisse poursuivre l'exécution, c'est que l'obligation première est éteinte. Chacune de ces deux actions, action *utilis ex empto*, action primitive de la créance, se réfère donc à des hypothèses différentes. Reste à déterminer dans quels cas on donnera l'une, dans quels cas au contraire on donnera l'autre.

Un premier système est celui qui a été soutenu dans la grande glose d'Accurse, adopté par Bartole et Cujas. (*Observations*, Livre XIX, cap. 38, et *Comment. ad. Cod. ad leg. IV, De evictione*). Si la dette primitive avait pour objet une somme d'argent (hypothèse de la dation *rei pro pecunia*), il faut voir dans l'opération une vente ; car on rencontre les éléments de la vente : le prix est la somme due que le créancier paie en renonçant à l'exiger, et moyennant laquelle le débiteur procure un corps certain, la chose donnée en paiement. Rien de plus naturel alors que le créancier évincé ait un recours en garantie par l'*actio empti*. A ce cas se réfère l'opinion d'Ulpien. Si, au contraire, la dette avait un autre objet

(1) Labbé, *De la garantie en droit romain*, *Revue pratique*, année 1865, t. XIX, p. 558 et s.

qu'une somme d'argent, les conditions de la vente ne se réalisent plus, il y a un contrat ressemblant beaucoup à un échange. Si le créancier est évincé, la *datio* n'aura été qu'apparente, la libération ne devant naître que si cette *datio* avait réellement lieu, la dette primitive subsiste, le créancier se trouve investi des mêmes droits qu'avant cette dation en paiement, absolument inefficace, *pristina obligatio rei debitæ integra manet.* C'est le cas prévu par Marcien.

Cette distinction ingénieuse ne trouve malheureusement pas d'appui dans les textes. Elle suppose que la loi 46, pr., Dig., De solut., de Marcien vise l'hypothèse d'une obligation à éteindre ayant pour objet autre chose qu'une somme d'argent. Or, le texte dit : *Si quis rem aliam pro alia solverit*, termes généraux qui n'excluent pas le cas où l'obligation primitive est d'une somme d'argent. La loi de Paul (98, pr., *idem*) qui laisse aussi subsister l'obligation primitive, suppose qu'elle consiste dans la promesse d'une dot : or, la plupart du temps cette dot sera une somme d'argent. Comprend-on d'ailleurs que les jurisconsultes et les empereurs aient décrit une hypothèse et donné une solution sans mettre en saillie les raisons de décider, en laissant dans l'ombre ce qu'il importait de savoir pour l'application des règles du droit ? C'est peu vraisembable. Ensuite on se demande pourquoi le créancier serait inégalement protégé contre l'éviction selon la nature de l'objet de la dette primitive. En dernier lieu, ce système repose sur un fondement que nous ne pouvons admettre et que nous avons déjà réfuté. Il n'y a pas vente quand on donne en paiement *rem pro pecunia.* Il n'y a pas échange quand on donne en paiement *rem pro re.* Car dans le premier cas comme dans le second, le débiteur est obligé à *dare*, c'est-à-dire à transférer la propriété et ne sera libéré qu'à cette condition.

Une deuxième explication qui, comme la précédente, cherche à concilier nos textes en admettant l'une ou l'autre de nos deux actions suivant les cas, a été proposée par Demangeat (1). Il rattache cette divergence des textes à la controverse qui existait antre les Proculiens et les Sabiniens, citée par Gaïus (III, 168). Pour les Sabiniens, la dation en paiement a le même effet extinctif *ipso jure* que le paiement ; il faut donc régler les effets de cette opération, sans tenir compte du changement d'objet qui n'a plus d'importance, et comme si la chose avait été réellement payée. Or, en cas d'éviction dans le paiement, l'obligation primitive subsiste, il devra donc en être de même, d'après les Sabiniens, en cas d'éviction dans la dation en paiement. Marcien et Paul suivent la théorie sabinienne. Les Proculiens, au contraire, tenaient le raisonnement suivant : quand le créancier reçoit une datiou en paiement, il y a vente suivie de compensation, *datio in solutum vicem venditionis obtinet*, le créancier évincé est assimilable à un vendeur évincé, il aura l'*actio ex empto utilis*.

Nous répondons à cette opinion qu'aucun texte n'indique la divergence des deux écoles relativement au recours à attribuer au créancier évincé. Il est inadmissible que les Proculiens aient vu une vente dans la *datio in solutum* ; car ce sont eux précisément qui ont fait admettre le principe d'après lequel, pour qu'il y ait vente, il faut que l'un des deux objets consiste en une somme d'argent. On ne peut répondre que dans notre cas, les Proculiens faisaient application du rescrit de Gordien (1, Code, De

(1) Demangeat, *Droit romain*, t. 2, p. 423 et s.

Rer. perm., IV, 64) qui consacrait l'opinion intermédiaire de Cœlius Sabinus, déjà citée par Gaïus, III, 141, d'après laquelle il y aurait néanmoins vente lorsqu'une chose est donnée *pro re,* si l'on peut distinguer quel est celui qui joue le rôle de vendeur, quel est celui qui joue le rôle d'acheteur, si par exemple l'un des deux a cédé une chose qui, à ses yeux, ne valait plus que de l'argent : or, pourrait-on dire, c'est sans aucun doute le débiteur qui fait une dation en paiement qui joue le rôle de vendeur, la chose qu'il donne n'a à ses yeux qu'une valeur estimative égale au montant de sa dette. Il n'est pas prouvé, en effet, que les Proculiens aient admis dans notre hypothèse l'opinion de Sabinus. Les Proculiens admettaient que la créance n'est éteinte par la dation en paiement que *exceptionis ope*, c'est-à-dire qu'elle subsiste, et cela lorsque la dation en paiement est régulière. Comment soutenir qu'ils n'admettent plus l'existence de cette obligation quand la dation en paiement n'a pas été réellement exécutée. Leur décision logique doit être que le créancier pourra toujours exercer son ancienne action munie de ses sûretés, et si le débiteur tire exception de la convention par laquelle une chose a été substituée à la chose due, que le créancier pourra l'écarter par une réplique de dol.

Une dernière considération démontre que la question que nous étudions ne pouvait avoir pour base la controverse des Sabiniens et des Proculiens citée par Gaïus ; c'est que cette controverse fut tranchée par le rescrit de Dioclétien (17, Code, VIII, 43). Donc l'*actio utilis ex empto*, si elle avait été une conséquence de la théorie proculienne, aurait dû disparaître devant le triomphe de la théorie sabinienne. Il n'en fut rien, et elle est accordée par des textes cités au Code (4, De evict., VIII, 45) qui datent de l'époque où la fusion des deux doctrines est opérée.

Donc, sous Justinien, au moment de la rédaction du Code et du Digeste, la question que nous examinons n'était pas encore tranchée. Nous croyons qu'il ne faut pas chercher à concilier les textes d'Ulpien et de Marcien, et qu'en réalité la controverse n'existait pas. Ce qui le prouve, c'est que les textes donnent une solution affirmative, sans rester dans le vague, sans prendre la forme interrogatoire : *Unde quæritur*. Pour les textes, la question ne fait pas de doute : si une controverse avait existé, ils n'auraient pas manqué de l'indiquer. Les uns comme les autres, ceux qui donnent l'*actio ex empto utilis*, comme ceux qui donnent l'action primitive, sont très affirmatifs. Nous devons donc considérer qu'ils ont raison tous les deux, et, sans chercher à les concilier, admettre que le créancier aura les deux actions. Mais ici deux nouveaux systèmes sont en présence : l'un donne seulement au créancier le choix entre nos deux actions, l'autre lui donne les deux cumulativement jusqu'à concurrence de la plus forte condamnation qu'elles peuvent entraîner.

Avant d'indiquer le système auquel nous nous rallions, il faut que nous réfutions un argument sérieux que l'on oppose à notre manière d'envisager la nature de la *datio in solutum*. Nous avons dit que c'était un contrat innommé *do ut liberer*. Or, nous supposons que le créancier est évincé, c'est donc que le débiteur n'a pas accompli l'objet de son obligation, c'est-à-dire la *datio*. Mais cependant le débiteur a accordé le pacte de remise, c'est lui qui a exécuté le premier, donc il doit pouvoir agir par l'action qui sanctionne les contrats innommés, c'est-à-dire par l'*actio præscriptis verbis*. Or, nous trouvons bien des textes qui lui donnent l'*actio ex empto utilis*, d'autres qui lui permettent d'agir par l'action primitive de sa créance, mais pas un seul ne lui accorde l'*actio præscriptis verbis*.

Nous répondons : le créancier recevant la *datio* de la chose d'autrui a, il est vrai, consenti le pacte de remise. Mais il est conforme aux véritables principes d'admettre, quoique cette manière de voir n'ait pas triomphé dans la suite, que malgré cette remise il peut toujours exercer son action primitive sauf à être repoussé par une exception. Or, cette exception ne pourra lui être victorieusement opposée si la dation n'a été qu'une apparence de dation, n'a pas eu réellement lieu, parce qu'il pourrait la faire écarter par une *replicatio doli,* en soutenant qu'il y a dol à l'empêcher d'obtenir l'objet de sa créance, alors que la satisfaction qu'il avait consenti d'accepter et sur laquelle il pouvait compter ne lui a pas été fournie. Il est vrai qu'il fut plus tard admis que sa créance était éteinte de plein droit ; mais cette extinction *ipso jure* n'a jamais dû être admise qu'à une condition, c'est que la prestation eût produit tous les effets sur lesquels il comptait. Si donc, plus tard, il était évincé, l'extinction par suite d'un effet rétroactif était censée n'avoir jamais eu lieu et il pouvait dire : Je n'ai, moi, fait aucune exécution du contrat qui est intervenu entre nous, je n'ai pas accompli le fait que je vous ai promis, c'est-à-dire la libération. Vous, de votre côté, vous n'avez pas accompli la dation que vous m'avez promise. Le contrat innommé étant inexécuté de part et d'autre, n'est pas encore sanctionné par l'*actio præscriptis verbis*. Notre situation est donc la même qu'avant l'échange des consentements, c'est-à-dire que je puis exercer l'action primitive et réclamer l'objet dû (1).

---

(1) Si le créancier avait, au contraire, fait une *acceptilatio*, ou consenti une novation, au lieu d'accorder un simple pacte de

Mais le créancier pourra, s'il le veut, agir autrement. Il est, en effet, libre d'exécuter le premier la convention. Il peut tenir le débiteur pour libéré, ne pas le poursuivre, en vertu du pacte de remise qu'il continue à lui accorder, et il aura ainsi exécuté son obligation. Alors il devra avoir l'action qui sanctionne les contrats innommés pour forcer le débiteur à accomplir intégralement son obligation, et celui-ci ne pourra se plaindre de cette manière d'agir, car il s'y est lui-même exposé en consentant la convention de dation en paiement. Notre théorie conduit donc à donner au créancier l'action *præscriptis verbis* pour obtenir le transfert de propriété qui lui a été consenti ou, si nous supposons que ce transfert est impossible puisque la chose appartient à autrui, pour obtenir une indemnité résultant du préjudice qui lui est causé par ce défaut de transfert. Pourquoi donc les textes ne lui donnent-ils que l'*actio ex empto utilis* ?

Y a-t-il une différence dans le but et le résultat de ces deux actions ? Nous n'en voyons aucune. L'*actio præscriptis verbis* comme l'*actio ex empto utilis* est de bonne foi. Par l'une comme par l'autre, le créancier se fera indemniser de tout le dommage causé lors de l'éviction. Il aura les mêmes restitutions de fruits à faire, s'il est de mauvaise foi.

Ce n'est pas le seul cas où l'action *præscriptis verbis* est donnée en même temps qu'une autre action. Elle concoure avec l'*actio venditi* pour l'exécution des pactes résolutoires adjoints à une vente (6, 1, Dig., De contr.

---

remise, il ne pourrait revenir ainsi sur la libération accomplie. Il faudrait qu'il obtînt une *restitutio in integrum*.

emp., XVIII. —4, pr., Dig., De leg. comm., XVIII, 3.— 2, Code, de pact. inter empt., IV, 54) (1). De même dans le cas où un acheteur fait défaillir la condition qui tenait la vente en suspens, Labéon ne donnait que l'action *præscriptis verbis*, et Ulpien qui rapporte son opinion ne la rejette pas, mais, tenant la condition pour accomplie selon les principes de son époque, il lui donne de plus l'action *venditi* (50, Dig., De contr. empt., XVIII, 1 (2).

Donc aucun texte, il est vrai, ne donne l'action *præscriptis verbis* au créancier pour agir en garantie contre le débiteur qui lui a livré en paiement la chose d'autrui. Mais nous croyons que cette action ne peut lui être refusée. Seulement, puisqu'il s'agit d'une action en garantie, il était plus simple de lui donner l'action qui sanctionne la garantie dans le contrat type des contrats à titre onéreux et qui a été étendue à tous les contrats entraînant la même garantie, nous voulons dire l'*actio ex empto*. Si aucun texte n'accorde l'action *præscriptis verbis* aucun texte ne l'exclut non plus, et aucun ne dit que l'*actio ex empto* soit la seule voie de recours en garantie. C'est que l'action *prsæcriptis verbis* est une action très générale, elle est essentiellement contractuelle et ne se donne régulièrement qu'à défaut de toute autre action contractuelle (3). Dans le cas présent, on avait l'*actio ex empto* et au lieu de donner une action générale et un peu vague comme l'action qui garantit les contrats innommés, il était plus simple, nous le répétons, de donner celle qui

---

(1) Accarias, *Droit romain*, t. II, n° 614.

(2) Accarias, *Droit romain*, t. II, n° 651.

(3) Accarias, *Droit romain*, t. II, n° 651.

est l'action type en garantie. On ne peut tirer argument en sens contraire de la 24, pr., Dig., De pigner. act., XIII, 7, où Ulpien dit *et videtur finita esse pignoris obligatio et a contractu recessum*. Le créancier ayant obtenu de l'empereur l'attribution du gage subit une éviction. Et il assimile l'hypothèse à celle d'une dation en paiement. Aura-t-il l'*actio pigneratitia contraria?* Ulpien dit non ; le créancier a renoncé à se prévaloir du contrat. Mais de quel contrat s'agit-il ? Du contrat de gage, mais non du contrat de *datio in solutum*.

Il nous faut maintenant choisir entre les deux doctrines qui admettent, l'une le cumul de l'action *ex empto* et de l'action primitive, l'autre le choix entre ces deux actions. Pothier admet le cumul. Non pas que le créancier puisse cumuler les deux condamnations, il ne pourra jamais les exercer que jusqu'à concurrence de la condamnation la plus élevée. C'est peu conforme à la logique. Ou bien le créancier exerce son ancienne action et c'est qu'il considère qu'il n'a pas libéré le créancier de son obligation primitive, il considère la dation en paiement comme étant sans sanction aucune, et alors il ne peut prétendre à une indemnité qui n'est en définitive que l'éxécution par équivalent de la dation en paiement. Ou bien il agit *ex empto*, c'est-à-dire qu'il demande que l'avantage qu'il pouvait retirer de la dation en paiement lui soit procuré. Mais s'il obtient une condamnation, sa créance doit être éteinte comme si, de prime abord, la *datio in solutum* eût été efficace. Ceci, du reste, se passe dans tous les contrats innommés : la partie qui subit l'éviction de la chose qui lui a été livrée peut ou répéter la prestation par elle faite, ou réclamer une indemnité par l'action *præscriptis verbis*. Mais une fois son choix arrêté, elle ne peut exercer l'autre action. En outre, la théorie du cumul est con-

traire à l'équité, car elle met le débiteur à la merci du créancier. Nous permettrons donc seulement au créancier de choisir entre l'action en garantie et son action primitive.

Nous avons supposé jusqu'ici que le créancier était évincé de la chose par lui reçue en paiement. Il peut arriver que cette chose renferme des défauts ou vices cachés. L'acheteur a en ce cas pour se faire indemniser l'*actio ex empto* qui lui est donnée par le droit civil en cas de déclarations mensongères, émanées du vendeur, et le droit édilitien lui donne même en cas de non révélation des vices cachés l'*actio quanti minoris*, pour demander une restitution du prix, et l'*actio redhibitoria* pour faire résoudre la vente. Ces actions furent étendues à l'échange (19, 5, Dig., De ædil. edicto, XXI, 1). Doit-on les accorder au créancier relativement aux vices cachés de la chose reçue en paiement ? Nous croyons que le créancier aura l'*actio ex empto* en cas de déclarations mensongères du débiteur, et même les actions édilitiennes en cas de vices cachés. On objecte qu'il s'agit de dispositions édilitiennes qui ne peuvent être étendues. *Sciendum est ad venditiones solas hoc edictum pertinere* (63, Dig., De ædilit. edicto, XXI, 1). Mais ces règles furent, nous apprend la même loi, étendues à l'échange. Nous croyons qu'elles purent être étendues à tout contrat innommé. Et comme on établit une grande analogie entre la vente et la *datio in solutum* au point de vue de la garantie, nous pensons qu'il faut étendre encore cette analogie, et la pousser jusqu'au cas spécial de garantie qui nous occupe. En cas de vices cachés de la chose reçue en paiement, le créancier pourra encore agir par son action originaire, car il n'a pas retiré de la prestation tout l'avantage sur lequel il était en droit de compter ; il peut donc considérer la

dation en paiement comme inefficace et sa créance subsiste (argument par analogie de la loi 46, 2, Dig., De sol., XLVI, 3).

Dation en paiement d'une créance. — Le débiteur cédant est garant de l'existence, non de la solvabilité du débiteur cédé. Il garantit la *veritas nominis*, non la *bonitas nominis*. Il faut donc que le débiteur cédé soit réellement débiteur, il faut qu'il doive au cédant lui-même, il faut, enfin, qu'aucune exception ne lui permette de repousser la demande (4 et 5, Dig., De hered. vel act. vend., XVIII, 4). Sinon la dation en paiement n'est pas valable (à moins qu'il ne s'agisse d'une exception fondée sur une circonstance personnelle au cédant : dol, compensation (4, 20, Dig., De exc. dol., XLIV, 4). Alors le créancier pourra agir par son action primitive. Il aura, en outre, l'action *ex empto utilis*, car tout contrat à titre onéreux emporte garantie.

SECTION III

EFFETS DE LA « DATIO IN SOLUTUM » A L'ÉGARD DES TIERS

In omnibus speciebus liberationum etiam accessiones liberantur, puta adpromissores, hypothecæ, pignora (43, Dig., De sol., XLVI, 3). Donc, par l'effet de la dation en paiement, les *adpromissores* qui garantissent le paiement seront libérés.

Les créanciers du débiteur seront liés par la *datio in solutum* que celui-ci a faite, comme ils le sont en principe par tous ses actes. Toutefois, le droit prétorien avait permis aux créanciers de faire tomber certains actes de leurs débiteurs, lorsqu'ils auraient été faits en fraude de

leurs droits, et il avait mis à cet effet à leur disposition l'action Paulienne. Cette action s'applique-t-elle à la *datio in solutum* ? La réponse à cette question ne peut être qu'affirmative pour ceux qui assimilent la *datio in solutum* à la vente. Elle ne devrait faire aucun doute non plus pour ceux qui l'assimilent au paiement. Le paiement d'une dette par le *fraudator* à un créancier ne peut être rescindé par l'action paulienne (6, 7, Dig., Quæ in fraud. cred., XLII, 8), à condition qu'il ait lieu avant la *missio in possessionem bonorum*. Le débiteur insolvable peut donc payer un créancier et celui-ci n'a pas à craindre de restituer ce qu'il aura reçu, alors même qu'il aurait connu l'état d'insolvabilité du débiteur. Il n'a fait qu'user de son droit, *sibi enim vigilavit*, et il n'y a pas fraude à user de son droit. *Nihil dolo creditor facit qui suum recepit* (129, Dig., De Reg. jur., L, 17). Cependant on n'admet pas cette règle en cas de dation en paiement, ce qui prouve bien encore que cette opération n'est pas un paiement véritable. Il faut admettre, que la dation en paiement peut être rescindée par l'action paulienne. Le créancier, en effet, peut exiger son paiement, le débiteur peut payer malgré la volonté du créancier. Aucune entente frauduleuse n'est donc possible et on n'a pas à craindre que le débiteur paie plus qu'il ne doit. La dation en paiement, au contraire, ne peut avoir lieu sans le consentement et de l'un et de l'autre, il peut arriver que la chose reçue en paiement soit d'une valeur supérieure au montant de la dette. On ne peut dire du créancier qui reçoit une dation en paiement que *suum recepit*, et lui appliquer la loi 129, Dig., De Reg. jur. L'action paulienne s'applique en principe à tous les actes frauduleux faits par le débiteur. Une exception est faite pour le paiement : on ne peut l'étendre à la dation en paiement.

TABLE DES MATIÈRES

DROIT ROMAIN

PAGES

BIBLIOGRAPHIE 9

CHAPITRE I. — Généralités. — De la nature juridique de la *datio in solutum* 11

Exposition du système adopté. 12

Système qui voit dans la *datio in solutum* un paiement véritable. 20

Système qui voit dans la *datio in solutum* une novation 23

Système qui voit dans la *datio in solutum* une vente. 24

CHAPITRE II. — Conditions de validité de la *datio in solutum* 33

Section I. — Du consentement des parties 33

§ I. — Cas dans lesquels le créancier peut se voir contraint d'accepter une *datio in solutum*. . . 34

§ II. — Cas où la *datio in solutum* est prohibée par la loi 37

§ III. — De la validité du consentement des parties dans la *datio in solutum* 39

Section II. — De la capacité nécessaire pour faire et recevoir une *datio in solutum* 43

§ I. — Qui peut faire une *datio in solutum* ? . . 43

§ II. — Qui peut recevoir une *datio in solutum* ? 45

PAGES

Section III. — Choses qui peuvent être données en paiement ? 46

Section IV. — La *datio in solutum* doit pour être libératoire produire tout l'effet sur lequel le créancier était en droit de compter. 49

CHAPITRE III. — Des effets de la *datio in solutum* . . 53

Section I. — Vis-à-vis du débiteur 53

Section II. — Vis-à-vis du créancier. 59

Section III. — Vis-à-vis des tiers. 73

DROIT FRANÇAIS

BIBLIOGRAPHIE

POTHIER. — Œuvres. Édition Bugnet (10 vol.). Spécialement Traité de la vente, n° 600 à 607.

AUBRY ET RAU. — Cours de Droit civil, 4e édition (8 vol.).

DEMANTE ET COLMET DE SANTERRE. — Cours analytique de Code civil (9 vol.).

DEMOLOMBE. — Cours de Code Napoléon (31 vol.). Spécialement Traité des contrats et des obligations conventionnelles.

GUILLOUARD. — Traité du contrat de mariage (4 vol.).

LAURENT. — Principes de Droit civil français (33 vol.).

DURANTON. — Cours de Droit français (22 vol.). 1re édition.

LAROMBIÈRE. — Théorie et pratique des obligations, édition 1885 (5 vol.).

MARCADÉ, continué par PONT. — Explication théorique et pratique du Code Napoléon (12 vol.).

TROPLONG. — Œuvres. Spécialement Commentaire sur le titre de la vente (2 vol.) et sur le titre des privilèges et hypothèques (4 vol.).

BAUDRY-LACANTINERIE. — Précis de Droit civil (3 vol.). 2e édition.

MOURLON. — Répétitions écrites sur le Code civil (3 vol.). 11e et 12e éditions.

LYON-CAEN ET RENAULD. — Manuel de Droit commercial (1 vol.).

Championnière et Rigault. — Traité des Droits d'Enregistrement (6 vol.), 1re édition.

Demante. — Principes d'enregistrement, 4e édition.

Dictionnaire des Droits d'enregistrement (6 vol.). V° Dation en paiement.

De Ségogne. — Paris, 1880.
De Berly. — Caen, 1884.
Bisson. — Paris, 1885.
Guimbaud. — Poitiers, 1889.
Thèses.

DROIT FRANÇAIS

DE LA DATION EN PAIEMENT

CHAPITRE PREMIER

De la nature juridique de la dation en paiement.

Les controverses sur la nature et les effets de la dation en paiement n'ont pas disparu dans le droit français actuel. Les Rédacteurs du Code n'ont pas fait de théorie générale sur la dation en paiement, et on trouve seulement quelques dispositions éparses relatives à cette opération (Art. 1243, 1406, 1553, 1595, 1701, 2038.)

Les auteurs de l'ancien droit n'ont pas non plus entrepris cette théorie. On y trouve cependant quelques solutions tendant à rapprocher la dation en paiement de la vente, généralisant ainsi le principe posé par la loi 4, Code,

De evictione, VIII, 45, qui n'a pas du tout, nous l'avons vu, le sens qu'on veut lui attribuer. C'est ainsi que « la convention par laquelle le créancier reçoit un fief en paiement d'une somme de deniers qui lui est dûe... donne ouverture au profit de quint » (1). « Lods et ventes sont dus pour héritages et rentes baillés en paiement de deniers soit dotaux ou autres » (2). De même que la vente, la dation en paiement donne lieu au retrait féodal (3). Enfin le créancier évincé de la chose reçue en paiement, a l'action *utilis ex empto* (4).

Dans tous ces passages que nous venons de citer, Pothier dit que « *la dation en paiement est un acte équipollent à la vente* », et base sa décision sur la loi 4, Code, De evictione. « *Néanmoins*, ajoute-t-il, *la dation en paiement n'est pas tout à fait un contrat de vente* ».

Et il signale ensuite trois différences : 1° La vente est un contrat consensuel parfait par le seul consentement des parties, avant aucune tradition. La dation en paiement ne se fait que par la tradition et même par la translation de propriété de la chose donnée en paiement.

2° Si la dette primitive n'existait pas, je pourrais, en cas de dation en paiement, répéter la chose donnée par la *condictio indebiti per errorem soluti* ou *condictio causa data causa non secuta ;* en cas de vente suivie

---

(1) Pothier, *Traité des fiefs*, n° 434, 1°.

(2) *Coutume de Bourbonnais*, art. 403.

(3) *Coutume d'Orléans*, art. 397. — Pothier, *Traité des fiefs*, n° 717 et *Traité des retraits*, n°s 81 à 84.

(4) Pothier, *Traité de la vente*, n° 605.

de compensation « je pourrai seulement répéter de vous le prix que j'ai par erreur compensé avec une somme que je ne vous devais pas ».

3° Le vendeur n'est pas tenu de transférer la propriété et l'acheteur, tant qu'il a la paisible possession, ne peut agir en garantie. Au contraire, la dation en paiement n'est valable que si le débiteur transfère au créancier la propriété de la chose que le créancier a consenti à recevoir en paiement : autrement le créancier pourrait exercer son action primitive, même avant d'être troublé dans sa possession.

Cette troisième différence n'existe plus aujourd'hui que la vente a pour but de transférer la propriété (art. 1599), mais les deux autres subsistent encore.

Pour déterminer la nature juridique de la dation en paiement dans notre droit actuel, nous commencerons par poser les mêmes principes que ceux qui nous ont servi de base pour déterminer la nature de la *datio in solutum* en droit romain. Sans doute dans notre droit moderne, la règle formaliste : *Certis modis desinit deberi*, a cessé d'exister. Mais la règle : *Aliud pro alio invito creditori non potest*, subsiste toujours, et elle est reproduite par l'article 1243 en ces termes : « *Le créancier ne peut être contraint de recevoir une autre chose que celle qui lui est due, quoique la valeur de la chose offerte soit égale ou même plus grande.* » C'est-à-dire que, d'une part, le créancier peut refuser une chose autre que celle qui est due, fût-elle d'une valeur plus grande ; et que d'autre part, le débiteur ne peut être contraint de payer une chose autre, fût-elle de valeur moindre (1). La convention fait la loi des parties.

---

(1) Demolombe, *Traité des contrats*, IV, 226 et 227.

Comme en droit romain, des exceptions peuvent être apportées à cette règle fondamentale. Nous en trouvons un premier exemple dans le cas où, à coté de la chose due, *in obligatione*, il y en a une autre que le débiteur a la faculté de payer, qui est *in facultate solutionis*. C'est la volonté des parties ou la loi qui confère cette faculté au débiteur. Le créancier a renoncé ou est censé avoir renoncé, dès le moment de la formation du contrat, et seulement en ce qui concerne la chose *in facultate solutionis*, à se prévaloir de la règle de l'article 1243. Et le débiteur, sans s'engager à fournir cette chose, a accepté cette renonciation du créancier à son droit.

Le créancier et le débiteur peuvent renoncer à se prévaloir de cette double règle que nous avons indiquée, par une convention postérieure. Il y aura alors dation en paiement.

Demolombe (1) cite encore comme faisant exception à la règle fondamentale de l'article 1243 : 1° le cas où il y a lieu à compensation entre une somme d'argent et des denrées dont le prix est réglé par des mercuriales (art. 1291) ; — 2° le cas de restitution de fruits ordonnée par justice ; elle est faite en argent, sauf pour les fruits de la dernière année (art. 189 P. C.) ; — 3° le cas où le débiteur fait périr par sa faute le corps certain qu'il devait livrer (art. 1137, 1245, 1302) : il en devra la valeur à titre de dommages-intérêts. Enfin, le même auteur fait remarquer que la Novelle II, ch. III, par laquelle le débiteur d'une somme d'argent, qui n'avait ni argent, ni meubles pour en faire, était autorisé à donner en paie-

---

(1) *Traité des contrats*, IV, 231 et s.

ment des immeubles à son créancier, qui était contraint de les recevoir, n'a jamais été appliquée que dans une très petite partie de la France et n'est plus aujourd'hui qu'un souvenir historique. Elle est contraire à la nature des contrats qui sont la loi des parties.

Ces exceptions rapportées plus haut ne sont du reste que des dations en paiement forcées pour les deux parties, la volonté de la loi se substituant en ces cas à la leur. Ne parlons pour le moment que du cas où c'est la volonté des parties qui met fin à une obligation, moyennant la prestation d'un objet autre que l'objet dû. Cette convention peut intervenir de plusieurs façons. Il peut être convenu une vente faite par le débiteur au créancier, pour ensuite le prix être compensé avec la dette primitive. Les parties peuvent aussi faire une novation, le débiteur contractant envers son créancier une nouvelle dette qui est substituée à l'ancienne, laquelle est éteinte. Ce n'est pas encore la dation en paiement, car celle-ci fait plus que substituer un engagement du débiteur à son premier engagement ; elle fait passer une chose du patrimoine du débiteur dans le patrimoine du créancier : nous essaierons cependant de démontrer qu'elle n'est qu'une variété de la novation.

Divers systèmes ont été proposés pour rendre compte de la nature juridique de notre opération. Dans une opinion, la dation en paiement est un mode de paiement, c'est un acte unique comme lui, et ce qui produit la libération du débiteur, c'est la remise effective de la chose. D'après une autre, la dation en paiement est une vente ou un échange, suivant que l'objet dû est ou non une somme d'argent. Le débiteur joue le rôle de vendeur, il vend sa chose pour le montant de la dette, le créancier l'achète et la compensation s'opère

entre le prix qu'il doit et la somme qui lui est due ; c'est donc la compensation qui produit la libération du débiteur. Dans un troisième système, la dation en paiement est une novation. L'obligation ancienne est remplacée par une nouvelle ayant un autre objet. Cette hypothèse rentre dans les termes de l'article 1271, 1er al.

Nous adoptons cette dernière opinion, qui voit dans la dation en paiement une novation ; mais nous nous en séparons parce que nous y voyons une novation *sui generis*. Nos allons d'abord réfuter les doctrines de nos adversaires pour examiner ensuite celle que nous avons adoptée.

1er Système. — *La dation en paiement est un mode de paiement* (1). — Il faut bien, dit-on dans ce système, qu'une convention intervienne entre le créancier et le débiteur, puisque d'après l'article 1243 le débiteur ne peut s'acquitter au moyen d'une prestation autre que l'objet dû. Mais cette convention n'est pas un contrat, ce serait plutôt un distrat ; car les parties n'ont pas pour but de créer une nouvelle obligation, mais d'arriver à une libération, cette convention a lieu *distrahendæ non contrahendæ obligationis causa*. En réalité ce n'est ni un contrat, ni même un distrat, c'est un acte. Pothier (2), qui cependant la compare à la vente, la qualifie ainsi. Il y a bien des pourparlers entre le débiteur et le créancier. Mais quand je demande à mon créancier de m'autoriser à

---

(1) *Traité de la vente*, nº 601 et suiv.

(2) Labbé, *Étude sur la garantie*. — De Ségogne, Bisson, Guimbaud (Thèses).

lui donner en paiement autre chose que l'objet dû, je ne contracte pas d'obligation nouvelle, je reçois simplement une *permission* de payer une chose autre que celle que je dois.

Cet accord de volontés, auquel on refuse la qualification de contrat, on lui refuse encore l'efficacité de produire la libération recherchée. La libération ne se produit pas par le fait de cette permission, dit-on, elle ne se produit que lorsque le débiteur a remis au créancier la chose dont il s'agit, l'a investi de ses droits sur cette chose. La dation en paiement suppose une exécution, un fait matériel, une *res*. Le créancier ne consent à perdre ses droits que si la chose offerte par le débiteur lui est effectivement délivrée. De même qu'il aurait fallu un paiement réel pour éteindre son droit, de même il faut que la dation en paiement soit réalisée pour que ce droit soit considéré comme n'existant plus.

Cette opinion prétend trouver un appui dans les textes. D'après l'article 1236, le paiement peut être fait par un autre que le débiteur. D'après l'article 1239, il peut être fait à un autre qu'au créancier. On peut tirer *a contrario* un argument de l'article 1243 pour dire qu'il peut être effectué en un autre objet que l'objet dû. Dans les deux premiers cas, où l'un des deux sujets de l'obligation est changé, l'opération reste toujours un paiement ; on n'a jamais songé à y voir une novation par changement de personne. Dans le troisième cas, où c'est l'objet de l'obligation qui change, il ne doit pas y avoir non plus novation par changement d'objet, l'opération doit rester un paiement. En effet, l'article 446 C. de Comm., parlant d'une hypothèse de dation en paiement, la qualifie expressément paiement.

Ce système a raison de faire remarquer que la dation

en paiement est un acte, qu'elle suppose un fait matériel, une exécution, que le créancier ne consent à perdre ses droits que si la chose offerte par le débiteur lui est effectivement délivrée. Mais la dation en paiement est quelque chose de plus que la délivrance d'une chose ; elle est précédée d'un échange de volontés, de pourparlers, comme on dit. Ces pourparlers, on voudrait bien les supprimer, pour ne plus voir que l'exécution qui en est la conséquence. Mais ils n'en existent pas moins, et avant d'aboutir à la délivrance d'une chose, ils aboutissent d'abord à la formation d'une convention dont cette délivrance n'est que l'exécution. Par cette convention, le débiteur s'oblige à fournir une chose au débiteur et le créancier s'oblige à le libérer de son obligation première.

Or, quand on parle de la dation en paiement, on songe tout à la fois à la convention dont s'agit et à la dation (tradition, transfert, accomplissement d'un fait) qui n'en est que l'exécution.

Cette convention est bien un contrat. Il est vrai que le but des parties est de *distrahere obligationem*, mais pour arriver à ce but il faut passer par des intermédiaires, il faut faire une nouvelle convention, prendre un nouvel engagement qui fera disparaître le premier, et ensuite exécuter ce dernier engagement. En vain dit-on qu'il y a une simple permission de la part du créancier. On fait bon marché de la volonté du débiteur, et, on oublie qu'à côté de ce principe de l'art. 1243, que le créancier a le droit de refuser de recevoir autre chose que l'objet dû, il y a un autre principe non moins certain et qui n'est pas écrit dans le Code parce qu'il s'impose d'une façon trop évidente, c'est que le débiteur ne peut être contraint de donner autre chose que l'objet dû. Si donc il y a eu permission du créancier, c'est qu'il y a eu offre du débi-

teur et il ne faut pas plus que cet accord de volontés pour former une nouvelle obligation. On ne peut donc la considérer comme un acte unique, mais comme une convention suivie de son exécution. Ce mot, permission, employé pour désigner la renonciation du créancier à un droit qu'il avait, est mal choisi. Il pourrait, en effet, faire considérer la dation en paiement comme étant une faveur que le créancier fait au débiteur pour se libérer, comme étant toujours dans l'intérêt de ce dernier. Sans doute, il arrivera souvent en fait que la dation en paiement ne sera consentie par le créancier que parce que le débiteur ne peut pas fournir le paiement. Mais il pourra se faire aussi que la dation en paiement soit dans l'intérêt du créancier, qui aura intérêt par exemple à avoir la chose fournie plutôt que la chose due.

L'analogie que l'on tire des articles 1236 et 1239 est fausse. Quand le paiement est fait par un autre que par le débiteur, celui-ci n'a pas besoin de donner son consentement ; de même quand il est fait à un autre qu'au créancier celui-ci n'a pas à intervenir au moins sur le moment. — Quant à l'argument tiré de l'art. 446 Comm., il n'a pas une grande valeur. Cet article, en effet, n'a pas pour but d'établir la nature juridique de la dation en paiement, il emploie le mot paiement dans le sens très large d'extinction des obligations.

2e Système. — *La dation en paiement est une vente, ou un échange* (1). — La dation en paiement, dit

(1) En ce sens, Colmet de Santerre, t. V, 182 *bis*, II. — Laurent, t. XXIV, n° 151 et s. — Troplong, *De la Vente*, n°s 7 et s. et 157. — Duvergier, *Vente*, t. I, n°s 45 et 46.

M. Colmet de Santerre, est une opération qui ressemble à une vente ou à un échange suivant que l'une des deux choses qui en sont les objets est ou non une somme d'argent. Si le créancier de 1,000 francs consent à recevoir un cheval ou si le créancier d'un cheval consent à recevoir de l'argent, l'opération ressemble à une vente ; si au contraire le créancier d'un cheval reçoit un tableau, la dation en paiement se rapproche plutôt de l'échange.

Les auteurs invoquent à l'appui de cette opinion le droit romain et l'ancien droit. Quant au droit romain, nous avons vu qu'aucune théorie générale de la dation en paiement n'avait été élaborée par les jurisconsultes romains ; — que les mots *vicem venditionis obtinet* n'avaient pas la portée générale que l'on a voulu leur donner et qu'ils signifient qu'en certains cas seulement la dation en paiement devra suivre les mêmes règles que la vente.

Les auteurs de l'ancien droit ont fait de même, et Pothier lui-même, après avoir dit que la dation en paiement est un acte équipollent à la vente, signale de nombreuses différences, suivant en cela l'exemple des jurisconsultes romains. Mais ni les uns, ni les autres, n'ont été jusqu'à dire que la dation en paiement est une vente véritable.

Cependant, dit-on, si les précédents n'établissent pas bien cette analogie, le Code civil l'établit. Il prohibe la vente entre époux, sauf dans trois cas (art. 1595). Or les trois cas prévus sont des hypothèses de dation en paiement. Donc les deux conventions sont mises sur la même ligne. — De même l'article 1701 venant après l'article 1699, qui édicte le retrait contre le cessionnaire d'un droit litigieux, excepte le cas où cette cession sera faite à un créancier en paiement de ce qui lui est dû. Donc, la dation en paie-

ment ressemble bien à une vente ; et ce qui le prouve surabondamment, c'est la place même qu'occupent, au milieu du titre de la vente, nos articles 1595 et 1701.

Nous répondrons quant à la place qu'occupent nos deux textes : que l'art. 1595 est à sa place toute naturelle, puisque son but principal est d'édicter la prohibition de la vente entre époux, et que l'art. 1701 est là pour compléter la théorie de la cession des droits litigieux, puisque l'art. 1699 parle de la cession en général et non pas seulement de la cession opérée par la voie de la vente. Ce que l'on peut déduire logiquement de l'art. 1595, c'est que la dation en paiement comme la vente est prohibée entre époux, sauf dans les trois cas indiqués ; il y a à ce point de vue assimilation entre la dation en paiement et la vente, et on pourrait dire de la dation en paiement, mais toujours à ce point de vue seulement, que *vicem venditionis obtinet*. Quand on décompose l'idée des rédacteurs du Code lorsqu'ils ont écrit l'art. 1595, on trouve qu'ils ont fait le raisonnement suivant : Le contrat de vente est interdit entre époux, parce que le plus souvent il servirait à déguiser une fraude, il aurait pour but de faire une donation irrévocable ou dépassant la quotité disponible, ou de frustrer les créanciers. La dation en paiement présentant les mêmes dangers, sera également prohibée. Cependant il faut reconnaître qu'elle serait souvent utile, et qu'en certains cas la fraude que l'on craint ne serait pas possible : elle sera donc autorisée dans ces cas. Et les Rédacteurs du Code ont alors cité trois cas de dation en paiement. Mais ils n'ont jamais eu l'idée de trancher une question qui a toujours été discutée ; ils ont fait comme Pothier et les textes romains. Ils ont signalé en passant une analogie entre la dation en paiement et la vente, mais sans avoir l'intention de les assimiler entièrement.

Troplong, commentaire de la vente, n° 7, assimile la dation en paiement à la vente, en se basant sur des raisons théoriques. « En effet, dit-il, elle transfère la propriété moyennant un prix et elle requiert les trois éléments de la vente, le consentement, la chose et le prix » (1). Sans doute il y a bien consentement, mais si les parties se sont mises d'accord, est-ce bien avec l'intention de réaliser une vente ? Non, elles n'ont pas songé assurément à ce procédé d'une vente suivie de compensation. Troplong lui-même le reconnaît. « Les parties ont bien plutôt pour but d'éteindre une obligation préexistante que de donner naissance à une obligation nouvelle, elles veulent opérer une libération plutôt que de faire un acte de commerce ». Et la principale conséquence de cette différence entre la dation en paiement et la vente est la suivante, que nous avons déjà trouvée signalée par Pothier. Dans l'hypothèse d'une vente suivie de compensation, si nous supposons que le débiteur prouve ensuite qu'il ne devait rien, il pourra réclamer le prix de la vente, parce que la compensation n'a pu s'opérer entre le prix d'une vente et une dette qui n'existe pas. Mais la vente n'en subsiste pas moins ; elle est parfaite, et la propriété de la chose vendue ne peut être enlevée au créancier. Au contraire, dans l'hypothèse d'une dation en paiement, le débiteur pourra réclamer la propriété de la chose qu'il a par erreur donnée en paiement. Et tandis que le vendeur avait tout à l'heure un privilège pour réclamer son prix, l'action du créancier qui réclame la chose donnée par erreur en paiement, n'est munie d'aucune garantie.

---

(1) Voir aussi Dumoulin sur l'article 55 de la Coutume de Paris. — Pothier, *Vente*, n° 600.

Les partisans de la théorie que nous combattons n'admettent l'assimilation avec la vente qu'en cas de dation d'une *res pro pecunia*. Lorsqu'une chose est donnée en paiement d'une autre chose, il y aurait échange, et lorsqu'un fait est accompli en paiement d'une somme d'argent, il y aurait louage de services. Comment qualifier l'opération, lorsqu'un fait sera accompli en paiement d'un *res*, ou en paiement d'un autre fait ? On ne sait trop. Ce système ne peut donc rendre compte dans tous les cas de la nature de la dation en paiement, et il aboutit à une foule de distinctions qui ne peuvent être admises, car la nature de l'opération que l'on a qualifiée dation en paiement doit toujours être la même.

3e Système. — *La dation en paiement est une novation* (1). — Il y a, dit M. Pont, une convention expresse ou tacite par laquelle le créancier accepte de recevoir une chose au lieu d'une autre, et c'est cette convention et nullement le paiement qui la suit, qui entraîne l'extinction de l'ancienne obligation. Il y a substitution d'une obligation à une autre, c'est-à-dire novation.

Nous croyons que ce raisonnement va un peu loin et nous considérons qu'il y a une différence entre la novation pure et simple par changement d'objet, telle que la décrit M. Pont, et la dation en paiement. La dation en paiement renferme, en effet, son nom l'indique, une dation, c'est-à-

(1) Pont, *Petits contrats*, t. II, nos 399, 400. — Marcadé, t. IV, sur l'art. 1243, n° 691. — Duranton, t. XII, n° 82. — Toullier, t. VII, n° 301. — Larombière, t. III, sur l'art. 1243, n° 2 et s. — Aubry et Rau, § 324, 4°, note 30 (t. IV, p. 217). — Demolombe, *Des contrats*, t. IV, n° 288 et s. — Baudry-Lacantinerie, t. II, n° 984.

dire la prestation d'une chose ou d'un fait, en un mot la dation en paiement est un acte. C'est plutôt l'exécution d'une obligation que la formation même de cette obligation. Il est vrai que, lorsqu'on parle de la dation en paiement, on considère tout à la fois et la convention qui est intervenue entre les parties et la dation qui n'est que l'exécution de cette convention.

Ne nous occupons pour le moment que de la convention par laquelle les parties s'accordent l'une pour recevoir, l'autre pour donner en paiement autre chose que l'objet dû. Il y a là évidemment une novation par changement d'objet, mais ce n'est pas une novation pure et simple, et si à partir de ce moment le débiteur est libéré il ne l'est pas d'une façon définitive.

En effet, si le créancier consent à l'anéantissement de son droit, c'est sous la condition que la chose promise en paiement lui sera effectivement livrée. Par le paiement sa créance n'aurait été éteinte que par la remise réelle de la chose due, il ne renoncera à sa créance par la dation en paiement que moyennant la remise réelle de la chose promise en paiement. En un mot, il y a novation conditionnelle, le consentement du créancier étant subordonné à l'exécution de la nouvelle obligation que contracte le débiteur. En général, l'effet extinctif de la novation est indépendant des événements ultérieurs par suite desquels le créancier peut rester à découvert. Au contraire, la novation renfermée dans la dation en paiement n'opère qu'une extinction conditionnelle, soumise à la translation effective de la propriété de la chose donnée en paiement ; elle doit par conséquent être considérée comme non avenue en cas d'éviction de cet objet (1).

---

(1) Troplong, t. IV, nos 847 et s.

Troplong à qui nous venons d'emprunter le raisonnement qui précède, semble faire reposer sa théorie sur l'article 1184, qui sous-entend la condition résolutoire dans tous les contrats synallagmatiques pour le cas où une partie ne satisferait pas à son engagement. « En ne transférant pas la propriété de la chose donnée en paiement, le débiteur n'a pas exécuté son obligation, donc l'obligation primitive doit revivre ». Ce n'est pas exact ; en vertu de l'article 1184, une partie a contre celle qui n'exécute pas une action pour arriver à la résolution du contrat. Mais la dation en paiement doit rentrer dans la catégorie des engagements qui se forment sous condition, donc si le débiteur n'exécute pas son obligation, la condition fait défaut, et, par suite d'un effet rétroactif, la convention de dation en paiement est censée n'avoir jamais eu lieu.

Il n'y a rien d'illicite à soumettre la novation à cette condition que le nouvel engagement sera réalisé ; une telle stipulation est autorisée par le principe de la liberté des conventions (1). Le créancier peut bien ne vouloir renoncer à sa première créance que sous la condition qu'il serait effectivement payé au moyen de la seconde créance qu'il consent à y substituer. Si donc la seconde obligation n'est pas exécutée, la première doit revivre par l'accomplissement de la condition résolutoire comme si elle n'avait pas été éteinte (2).

La théorie que nous admettons se rapproche de celle qui assimile la dation en paiement au paiement, en ce

---

(1). Demolombe, *Des contrats*, V. 335.

(2) Cf. Colmet de Santerre, t. V, 228 *bis*, III.

que, comme elle, elle exige une remise effective et efficace de la chose donnée en paiement. Mais elle en diffère en ce que, pour nous, l'effet libératoire est produit par une convention qui a changé l'objet de la dette et par suite entraîné novation. Dans l'opinion que nous avons combattue, cet effet libératoire est produit par la prestation elle-même de la chose donnée en paiement. Nous ne pouvons admettre qu'on fasse ainsi bon marché de l'accord intervenu entre les parties ; la prestation seule de la chose due pouvait éteindre la dette. On peut même dire que cette extinction dérive de la volonté des parties, qui en contractant ont consenti à cette extinction moyennant la prestation de la chose due. Pour qu'une autre prestation produise le même effet, il faut changer l'objet de la dette, il faut faire une novation.

L'opinion qui voit dans la dation en paiement une novation pure et simple semble avoir pour elle un texte irréfutable. C'est l'article 2038 ainsi conçu : « *L'acceptation volontaire que le créancier a faite d'un immeuble ou d'un effet quelconque, en paiement de la dette principale, décharge la caution, encore que le créancier vienne à en être évincé* ». Il s'agit bien d'une hypothèse de dation en paiement. Or ce texte n'est, dit-on, qu'une application pure et simple de l'article 1281, 2e al., d'après lequel « La novation opérée à l'égard du débiteur principal libère les cautions ». Donc si l'article 2038 libère les cautions en cas de dation en paiement, alors que le créancier n'a pas reçu la satisfaction promise, c'est que la dation en paiement en ce cas opère néanmoins libération ; elle n'est donc pas soumise à la condition que cette satisfaction soit réellement fournie, c'est une novation pure et simple.

L'argument que l'on tire de cet article 2038 serait en

effet irréfutable, s'il était impossible d'expliquer la libération des cautions, en cas de dation en paiement, autrement que par l'effet extinctif produit par la novation. Pour nous, la novation n'est que conditionnelle, soumise à la prestation effective de la chose promise en paiement ; cette condition n'est pas accomplie quand il y a éviction de la chose donnée en paiement, la novation est censée n'avoir jamais existé et ne peut produire ses effets. Il faut donc expliquer cette libération des cautions autrement que par l'effet extinctif de la novation. Cette explication est donnée par Pothier, *Traité des obligations*, n° 406, 4°. Une discussion s'était élevée dans l'ancien droit sur le sort des cautions en cas d'éviction de la chose donnée en paiement. Rénusson, *Traité de la subrogation*, ch. V, n° 21 et s., soutenait que, dans ce cas, les fidéjusseurs n'étaient pas libérés. Basnage, *Hypothèques*, partie 2, chap. 7, admettait au contraire la libération des cautions, et des arrêts de notre ancienne jurisprudence confirmaient cette solution. Pothier adopte cette dernière manière de voir, mais il ne se fonde pas, comme l'a dit M. Pont, sur l'idée de novation (1), mais sur de simples considérations d'équité. « La décision de ces arrêts est fondée sur cette règle d'équité que : *Nemo ex alterius facto prægravare potest* ; la caution ne doit pas souffrir préjudice de l'arrangement intervenu entre le créancier et le débiteur principal. Or, si, dans cette espèce, le créancier était reçu à agir contre la caution, elle aurait souffert préjudice de l'arrangement par lequel le créancier a pris en paiement cet héritage ; le créancier, par cet arrangement, ayant ôté le moyen à la caution de

(1) Pont, *Petits contrats*, n° 400.

pouvoir, en payant le créancier pendant que le débiteur était solvable, répéter de ce débiteur la somme pour laquelle elle avait répondu » (1).

Ce passage de Pothier est l'origine de l'art. 2038. Cet article a donc une autre cause que l'art. 1281, 2°, et ne repose pas le moins du monde sur l'idée de novation. D'ailleurs, si les Rédacteurs du Code avaient assimilé la dation en paiement à une novation pure et simple, l'art. 2038 aurait été surabondant, il aurait été une répétition inutile qui ne faisait que dire pour un cas particulier ce que l'art. 1282, 2°, disait pour la novation en général.

En cas d'éviction de la chose donnée en paiement, la dette primitive subsiste donc, et voilà pourquoi le créancier peut encore agir par son action primitive. Néanmoins, pour des motifs d'équité, les cautions seront libérées (2).

En résumé, la dation en paiement n'est pas un simple acte mais bien l'exécution d'une convention, par laquelle les parties ont nové la dette ancienne en lui substituant un objet nouveau. Cette novation ne produit pas immédiatement son effet, et la dette primitive subsiste, tant que le créancier n'est pas en mesure de tirer de l'objet donné tous les avantages sur lesquels il pouvait compter. Nous la définirons donc : l'exécution d'une novation par changement d'objet, laquelle novation est soumise à la condition que cette exécution aura lieu et produira tout l'effet sur lequel les parties ont réellement pu compter.

---

(1) Pothier, *Obligations*, n° 406, 4°.

(2) Troplong, *Privilèges et hypothèques*, IV, 847 et s. — Mourlon, III, n° 1162.

La juriprudences admet tantôt l'idée de vente, surtout en matière fiscale (1), tantôt l'idée de novation (2).

---

(1) Cass., 31 janv. 1842, S. 42, 1, 110. — Cass , 25 juillet 1852, S. 52, 1, 812. — Cass., 22 mars 1853, S. 55, 1, 246. — Cass., 26 juillet 1869. S. 69, 1, 401.

(2) Cass., 19 janv. 1817, S., t. 5, 1, 333. — Poitiers, 18 janv. 1864, S. 64, 2, 198.

CHAPITRE II

Conditions de validité de la dation en paiement.

Puisque la dation en paiement renferme une novation, c'est-à-dire une convention, il s'ensuit que l'un de ses éléments essentiels c'est le consentement des parties, et la validité de ce consentement. Par cette novation le créancier renonce à son droit, grâce à la formation d'une nouvelle obligation, qui lui assure le paiement d'un objet autre que l'objet dû.

Nous étudierons donc, comme en droit romain :

1° Le consentement des parties ;

2° La capacité nécessaire pour faire et recevoir une dation en paiement ;

3° Quelles choses peuvent être données en paiement ;

4° La condition que la prestation doit produire tout l'effet sur lequel le débiteur pouvait compter.

SECTION I

CONSENTEMENT DES PARTIES

La nécessité du consentement du créancier ne fait aucun doute. Comme en droit romain, les textes ne s'occu-

pent même que de ce consentement (art. 1243). On peut citer comme application de ce principe les articles 1932 et 1244. Le dépositaire doit rendre exactement les mêmes espèces monnayées que celles qu'il a reçues. Le débiteur ne peut faire des paiements partiels.

L'art. 1291, 1er al., en exigeant, pour qu'il puisse y avoir compensation légale, que les deux dettes aient également pour objet « une somme d'argent ou une certaine quantité de choses fungibles de la même espèce » n'est qu'une application de l'art. 1243 ; car si chaque partie devait retenir en paiement la chose qu'elle doit, même quand elle est autre que celle qui est due, il y aurait dation en paiement forcée. Mais évidemment les parties pourraient consentir à une compensation entre deux dettes, qui n'auraient pas également pour objet une somme d'argent ou une certaine quantité de choses fungibles de la même espèce. Il y aurait alors compensation conventionnelle.

D'après certains auteurs, l'article 1435 serait une application de notre article 1243. Le mari, remplissant en outre les conditions exigées par l'art. 1434, dont nous n'avons pas à nous occuper, achète un immeuble pour servir de remploi à la femme. Il y a là une offre de dation en paiement à la femme qui est créancière de la communauté. Et la femme, dit en d'autres termes l'art. 1435, n'est pas forcée d'accepter cette offre. Quand elle acceptera, l'immeuble passera du patrimoine de la communauté où il était dans celui de la femme, et cela sans effet rétroactif. De sorte que, outre le droit de mutation, perçu par l'enregistrement lorsque l'immeuble a passé du patrimoine du tiers vendeur dans celui de la communauté, il y en aura un autre à percevoir lorsque, par l'acceptation de la femme, il passera du patrimoine de la communauté dans celui de la femme. Et celle-ci le recevra tel qu'il est à ce

moment, c'est-à-dire grevé de toutes les hypothèques et de tous les droits réels consentis par le mari, et elle subira même les aliénations consenties par le mari (1).

Pour nous, l'art 1435 n'est pas une application de l'art. 1243, parce qu'il ne vise pas une hypothèse de dation en paiement. Le système que nous venons d'exposer confond le remploi proprement dit avec la dation en paiement permise par l'art. 1595, 2°. Avec ce système, le remploi n'offrirait pas plus d'avantages que si la femme acceptait en paiement un immeuble commun quelconque. A quoi bon alors exiger du mari qu'il remplisse dans l'acte d'acquisition les formalités exigées par l'art. 1434? L'opinion de Tronchet a été contredite. L'opération que fait le mari est une gestion d'affaires; en faisant la déclaration de remploi, il montre bien qu'il fait l'affaire de la femme, qu'il agit pour son compte et dans son intérêt, qu'il fait une opération avec la bourse de la femme; jamais son intention n'a été d'acquérir pour la communauté, pour ensuite céder l'immeuble à la femme. Il a voulu faire un acte unique : il y a gestion d'affaires, et l'acceptation de la femme est la ratification de ce que le mari a fait en son nom. L'opération par conséquent sera censée avoir profité dès le début à la femme. Celle-ci n'aura donc pas à subir comme dans le système précédent les droits réels et constitutions d'hypothèques consentis dans l'intervalle par le mari, et un seul droit de mutation sera dû (2).

---

(1) Discours de Tronchet au Conseil d'Etat. Locré, tome XIII.

(2) Un autre système ingénieux a été inventé pour expliquer notre art. 1435, autrement que par une dation en paiement. Le mari ferait offre à la femme de la subroger dans cette acquisition. Cette offre serait retirée en tout ou en partie par l'aliénation que

Donc l'hypothèse visée par l'art. 1435 n'étant pas une dation en paiement, la nécessité du consentement de la femme en ce cas, n'est pas une application de notre art. 1243.

Aucun texte n'exige le consentement du débiteur pour faire une dation en paiement. Mais ce consentement est aussi indispensable que celui du créancier, et c'est peut-être pour ne pas exprimer une vérité trop banale que le législateur n'en a pas parlé. En effet, si l'un a le droit de recevoir ce qui lui est dû, c'est aussi un droit pour l'autre de ne payer que ce qui est dû. L'un et l'autre font donc une renonciation à leur droit et leur consentement est également indispensable.

Dans certains cas, le créancier peut se voir contraint d'accepter une dation en paiement ; dans d'autres, c'est lui qui peut l'imposer au débiteur ; dans d'autres enfin, la dation en paiement est prohibée par la loi. Pour terminer l'étude du consentement dans la dation en paiement, nous parlerons en dernier lieu de la validité de ce consentement.

§ I. — *Cas où le créancier peut se voir contraint d'accepter autre chose que ce qui est dû.*

On ne peut ranger dans cette catégorie le cas où le débi-

---

ferait le mari de l'immeuble, ou par la constitution de droits réels dont il le grèverait. En sorte que la femme ne pourrait accepter au détriment de tiers acquéreurs ou de tiers ayant des hypothèques conventionnelles, mais les hypothèques établies sur l'immeuble sans le consentement du mari ne pourraient lui être opposées. (Ex. Hypothèques légales ou judiciaires), Aubry et Rau, V. § 507, p. 302 à 310.

teur, au lieu de fournir à son créancier la chose même qui était due, lui a livré la chose qui était *in facultate solutionis*. En ce cas, il y a bien tout de même une sorte de dation en paiement. Mais si, au moment de la livraison de cette chose en paiement, le créancier est contraint de l'accepter, il n'est pas exact de dire que ce soit une dation en paiement obligatoire pour lui : car il a renoncé à son droit de recevoir la chose due, au moment même de la formation du contrat. Le débiteur, à ce moment, ne s'est pas encore obligé à fournir la chose qui est *in facultate solutionis,* mais il a accepté cette faculté que lui donne le débiteur pour se libérer, et qui était peut-être une condition de son engagement. La convention de dation en paiement n'est pas encore formée à ce moment, le créancier y a consenti tout seul, mais le débiteur ne s'y est pas encore obligé, et c'est pourquoi il peut toujours empêcher la convention de se former en ne s'engageant pas à *dare aliud pro alio*. Si, au contraire, il donne en paiement la chose qui est *in facultate solutionis*, c'est qu'il aura donné son consentement, c'est que la convention de dation en paiement aura été formée ; l'obligation première sera novée sous la condition, bien entendu, que la chose donnée en paiement produise au créancier toute la satisfaction sur laquelle il pouvait compter. Il n'y a donc de différence entre la *facultas solutionis* et la dation en paiement proprement dite, que celle-ci : dans le premier cas, le consentement du créancier est donné au moment même de la formation de l'obligation primitive, au lieu d'être, comme dans le second, donné postérieurement et le plus souvent quelques instants avant la prestation à titre de paiement.

Toutefois la *facultas solutionis* peut être légale et alors il est vrai de dire que la dation en paiement sera

forcée pour le créancier. Ainsi l'acheteur d'un immeuble poursuivi en rescision pour lésion de plus des 7/12 dans le prix, peut au lieu d'exécuter son obligation de restituer l'immeuble, payer le supplément du juste prix, sous la déduction de 1/10 du prix total (art. 1681). — De même le copartageant actionné en rescision pour lésion peut arrêter le cours de cette poursuite, en fournissant au demandeur le supplément de sa part héréditaire, soit en numéraire, soit en nature (art. 891). — En cas de legs ou de donation d'usufruit ou de rente viagère dépassant la quotité disponible, les héritiers poursuivis par l'action en réduction peuvent offrir l'abandon en pleine propriété de la quotité disponible, et le légataire ou le donataire est obligé d'accepter cette dation en paiement (art. 917). — Le propriétaire d'un navire tenu, aux termes de l'art. 216, 1er al., des obligations du capitaine relatives au navire ou à l'expédition, peut, aux termes du 2e alinéa du même article, s'affranchir des obligations ci-dessus en abandonnant aux créanciers le navire et le frêt. — Un règlement du 18 août 1845, particulier aux îles de Terre-Neuve, autorise le paiement en morue sèche des fournitures de pêche et des billets ou obligations payables dans la colonie (1).

Une autre exception était prévue par l'art. 66 de la loi du 24 août 1893. Les créanciers directs de l'Etat pour une somme supérieure à 3,000 livres pouvaient céder leurs inscriptions en paiement à leurs créanciers hypothécaires, au moyen d'un transfert et en divisant leurs inscriptions par fractions, qui ne devaient pas être inférieures à 50 livres.

---

(1) Dalloz, *Répert.*, v° *Obligation*, n° 1751.

La loi du 12 août 1870 a donné cours forcé aux billets de la Banque de France. La loi budgétaire du 3 août 1875, art. 28, a supprimé le cours forcé à partir du 1er janvier 1878, mais elle laisse subsister le cours légal des billets de banque, c'est-à-dire qu'aujourd'hui les billets de banque, remboursables à vue aux guichets de la Banque de France, ne peuvent être refusés en paiement par les particuliers. Malgré cette facilité de réaliser en espèces monnayées les billets de banque, cette obligation de les recevoir en paiement n'en constitue pas moins une dation en paiement forcée pour les créanciers. Mais ceux-ci pourraient très bien déroger à cette loi qui n'a rien d'ordre public, en stipulant expressément un paiement en monnaie d'or ou d'argent. Il en serait autrement sous le régime du cours forcé (1).

Le créancier qui a prêté au débiteur une somme en or, pourra être contraint de la recevoir en argent, si bon semble au débiteur. Il n'y a pas là dation en paiement, car il est un principe, que les espèces monnayées figurent dans le commerce des échanges, non pas comme individus, mais comme quantités. *In pecunia non corpora quis cogitat, sed quantitatem*, disait Papinien (94, 1, Dig. XLVI, 3), ce que l'art. 1895 traduit ainsi : « *L'obligation qui résulte d'un prêt d'argent n'est toujours que de la somme numérique énoncée au contrat. S'il y a eu augmentation ou diminution d'espèces avant l'époque du paiement, le débiteur doit rendre la somme numérique prêtée, et ne doit rendre que cette somme dans les espèces ayant cours au moment du paiement.* » Toutefois, les parties ont pu indiquer en quelle monnaie,

---

(1) Demolombe, *Contrats*, n° 258.

d'or ou d'argent, française ou étrangère, le paiement devra être effectué. Nous croyons que cette convention sera licite et devra être exécutée (1). Et en ce cas, le débiteur ne pourra payer le créancier en une autre monnaie, parce qu'une telle dation en paiement ne peut être imposée à celui-ci.

Nous trouvons un exemple de dation en paiement forcée pour le créancier dans le cas de l'art. 1291, 2°, où la loi admet la compensation légale entre une dette de somme d'argent et une dette de denrées dont le prix est réglé par les mercuriales. On s'explique cette dation en paiement forcée par la facilité de convertir ces denrées en argent.

Le tiers détenteur d'un immeuble hypothéqué, tenu de laisser le créancier réaliser le gage, qui évite l'expropriation en employant un de ces trois moyens que lui donne la loi : paiement des dettes hypothécaires, purge, délaissement, impose au créancier hypothécaire une dation en paiement que celui-ci ne peut refuser.

§ II. — *Cas où le débiteur peut être contraint de fournir autre chose que ce qui lui est dû.*

1° Après la dissolution de la communauté, l'époux créancier de la communauté peut se payer en prélevant des biens sur la masse commune (art. 1471). Un créancier ordinaire serait forcé de saisir et de vendre. Dans un système aujourd'hui abandonné, cette faculté de prélever sur la masse constitue l'exercice d'un droit de copropriété

---

(1) Demolombe, *Contrats*, IV, n° 259. — *Contrà*, Labbé, note dans Sirey, 1872, II, 161.

de l'époux. D'après le système définitivement admis par la jurisprudence (1), l'époux agit comme simple créancier de la communauté. Il y a donc là une dation en paiement forcée pour le conjoint de l'époux qui exerce ses reprises. Une autre particularité qui caractérise cette dation en paiement, c'est qu'elle est facultative pour le créancier, qui peut très bien renoncer à cette disposition de l'art. 1471, 2e al., et faire saisir et vendre comme tout autre créancier. Si, en effet, il était obligé d'accepter les biens en nature, l'avantage que lui a fait la loi se retournerait contre lui (2). En revanche, on ne peut dire que l'autre époux pourrait obliger le créancier à recourir à ce procédé de la saisie et de la vente. Ce n'est pas une conséquence de l'idée que l'époux peut, s'il le veut, saisir. Ce système réduirait à néant le texte de l'art. 1471 et aboutirait à cette conséquence que la reprise en nature ne pourrait se faire en nature qu'en vertu d'un commun accord. Il n'aurait pas été besoin d'un texte pour nous dire qu'après la dissolution de la communauté une dation en paiement était permise entre un époux et l'autre époux ou ses héritiers. Nous concluerons donc que l'art. 1471, 2°, autorise une dation en paiement *facultative pour l'époux créancier*, mais qui, s'il veut l'opérer, devient *obligatoire pour l'époux débiteur*.

2° Un autre cas où le débiteur peut se voir imposer une dation en paiement est celui prévu par l'art. 2078, 1er al. Le créancier gagiste peut à défaut de paiement à l'échéance

---

(1) Cass., 1858, 16 janvier, D. 58, 1, 5.

(2) Guillouard, *Du contrat de mariage*, II, n° 951. — Cass., 6 juillet 1870. D. 71, 1, 116.

prendre en paiement l'objet du gage, mais à deux conditions seulement : 1° estimation de ce gage par experts ; 2° jugement qui l'autorisera à garder cette chose en paiement. De sorte que cette dation en paiement forcée pour le débiteur est plutôt judiciaire que légale.

§ III. — *Cas où la dation en paiement est prohibée par la loi.*

« *Toute clause qui autoriserait le créancier à s'approprier le gage ou à en disposer sans les formalités ci-dessus est nulle* » (art. 2078, 2e al.). La promesse de dation en paiement est donc ici frappée de nullité. Cette stipulation porte le nom de *pacte commissoire*. Elle cache une convention usuraire et tellement immorale que l'on doit supposer que le débiteur n'a consenti qu'en vertu d'une contrainte morale. En général, la valeur du gage est supérieure au montant de la dette ; et le débiteur pressé par le besoin d'argent et trop confiant dans ses ressources futures aurait presque toujours consenti aux exigences de son créancier. Il fallait le protéger contre lui-même (1).

Si cette clause intervenait seulement lors de l'échéance, elle serait parfaitement valable, car, alors, on ne pourrait plus dire que le débiteur est sous l'influence d'une contrainte morale. La dation en paiement de l'objet du gage sera permise, comme le serait celle de tout autre objet

---

(1) Dans notre droit, la clause seule est nulle ; en droit romain le contrat tout entier, pacte commissoire et constitution de gage, était vicié.

appartenant au débiteur. Mais si la même clause intervenait dans l'intervalle entre la mise en gage et l'échéance, serait-elle nulle ? La question est controversée. On peut dire que les dangers sont à peine affaiblis tant que le débiteur est sous la dure loi du créancier ; qu'autoriser une telle convention après coup, ce serait permettre aux parties d'éluder l'art. 2078, car il leur serait facile d'introduire après coup un *pacte commissoire* déjà convenu au moment du contrat. La jurisprudence admet pourtant la validité du *pacte commissoire* convenu après la mise en gage. Le débiteur, dit-elle, n'est plus sous l'empire de la contrainte morale, sa volonté est désormais libre. Du moment qu'il a les deniers dont il avait un pressant besoin, il refusera, si un *pacte commissoire* est intervenu lors du contrat, de le ratifier après coup, car il est maître de sa volonté.

§ IV. — *De la validité du consentement dans la dation en paiement.*

Le consentement des parties dans la novation que suppose la dation en paiement doit être valable. Comme en droit romain, nous n'entrerons pas dans l'étude détaillée des différents vices qui peuvent altérer le consentement et qui sont : l'erreur, le dol, la violence. La dation en paiement est soumise en tous points aux règles du droit commun. Nous aurons seulement à examiner, parce qu'elle renferme quelques règles spéciales, l'hypothèse où le *tradens* a par erreur fait une dation en paiement.

La dation en paiement supposant une novation, nous n'avons en principe qu'à appliquer les règles de la novation. Il suffit donc, pour qu'elle soit valable, qu'une dette

quelconque existe, quelle qu'en soit la source, qu'elle vienne d'un contrat ou d'un délit ou d'un quasi-délit. Elle pourra s'appliquer à une obligation à terme. Appliquée à une obligation annulable, elle aura les mêmes effets que la novation d'une pareille obligation, c'est-à-dire que : ou bien le débiteur avait connaissance de l'annulabilité, et alors il a renoncé à l'invoquer, il a ratifié, la dation en paiement sera valable ; ou bien le débiteur a donné en paiement sans connaître la cause qui pourrait faire annuler son obligation, il pourra toujours demander la nullité, alors son obligation primitive sera censée n'avoir jamais existé et, la novation manquant de cause, le débiteur pourra, comme nous le démontrerons plus loin, répéter la chose qu'il a donnée en paiement. La dette pour laquelle on donne une chose en paiement peut être conditionnelle, sous condition suspensive. Si la condition ne se réalise pas, l'obligation primitive sera censée n'avoir jamais existé, elle ne se sera pas formée, il n'y a pu avoir de novation faute de cause, la dation en paiement pourra être répétée. Il se pourra cependant que les parties aient entendu éteindre l'obligation conditionnelle, quoi qu'il arrive, au moyen d'une prestation quelconque que le débiteur sous condition fait au créancier. En ce cas, de même que nous considérerions comme valable la novation par laquelle les parties ont voulu substituer une obligation ferme à une obligation incertaine, de même nous considérerons comme valable la dation en paiement, si les parties ont voulu éteindre l'obligation conditionnelle, quoi qu'il arrive. Car si telle est leur intention, la novation a une cause suffisante. Pourquoi ne donnerait-on pas effet à la volonté des parties ?

La dation en paiement faite en l'acquit d'une dette naturelle sera valable, à la condition que le débiteur ait bien

su qu'il s'agissait d'une dette naturelle ; s'il se croyait tenu civilement, la dation en paiement ne serait pas valable, pas plus qu'un paiement véritable ou une novation ordinaire.

Quant aux dettes de jeu ou de pari, ce sont des obligations naturelles, car le gagnant n'a aucune action pour se faire payer (art. 1965), et le perdant ne peut répéter ce qu'il a volontairement payé (art. 1967). Mais ce sont des obligations naturelles d'une nature particulière, car on décide en général qu'une pareille obligation ne peut être par voie de novation convertie en obligation civile (1). Le motif, c'est, dit Demolombe, que la loi a voulu protéger les joueurs contre les égarements de leur passion funeste, les préserver de la ruine dans laquelle elle pourrait les entraîner. « Or, qui ne voit que cette prévoyance serait trompée s'il était possible que le perdant consentît, dans la fureur même du jeu, et en quelque sorte pour l'alimenter, de nouvelles obligations en échange de dettes de jeu qui en seraient évidemment la véritable et seule cause ? » Ces motifs nous font voir dans quelles limites il convient d'étendre la prohibition de la novation des dettes de jeu. Nous ne l'étendrons pas à la dation en paiement, bien qu'elle renferme une novation, si elle est accompagnée d'un dessaisissement quelconque. Le perdant s'il se ruine sera, en effet, averti par la disparition, non pas de l'argent qu'il a perdu, mais d'une autre partie de son patrimoine (2). Mais si la promesse de dation en paiement,

---

(1) Rouen, 14 juillet 1854, S. 55, 2, 169. — Cass., 4 déc. 1854, S. 54,1,763. Cass., 12 nov. 1884, S. 84, 1, 69. — Aubry et Rau, t. IV, § 324, p. 213 ; § 386, p. 575. — Demolombe, *Contrats*, IV, n° 257.

(2) Cass., 7 juillet 1869, S. 69, 1, 461. — Cass., 25 janvier 1827, S. 27, 1, 122. — Aubry et Rau, IV, § 386, p. 577 et note 18.

c'est-à-dire la novation conditionnelle, n'est pas accompagnée immédiatement de l'exécution de cette nouvelle obligation, nous ne lui donnerons pas d'effet, parce que en ce cas le danger de la ruine n'apparaîtrait pas bien au joueur. C'est ainsi que la souscription par le perdant au profit du gagnant, de billets même à ordre n'est pas valable (1). Car, ce que la loi a voulu, c'est que le joueur fût averti de la ruine par la disparition d'une partie de son actif.

Cette question avait une grande importance avant la loi du 5 avril 1885 en matière de marchés à terme. Avant cette loi, ils étaient considérés comme des opérations de jeu, et on décidait que le gagnant pouvait recevoir un paiement ou une dation en paiement, mais non un engagement civilement obligatoire ou un billet à ordre.

Supposons maintenant que l'obligation en vue de laquelle une dation en paiement a été effectuée n'existe pas. Si la dation en paiement était une vente, on ne pourrait donner au *tradens* l'action en répétition, car la vente ne manquerait d'aucun de ses éléments. Il est vrai que le débiteur y a été amené par des motifs erronés. Mais la cause de son obligation existe : c'est l'obligation même de l'acheteur de payer son prix. Donc la vente subsiste malgré tout. Seulement aucune compensation possible ne pourra s'opérer entre le prix et une dette qui n'existe pas : le débiteur *tradens* aura le seul droit d'exiger le paiement de ce prix. Il est étonnant qu'aucun

---

(1) Aubry et Rau, § 386, page 577, note 18 et les arrêts cités sous la note.

des auteurs qui admettent l'idée de vente n'applique cette solution (1).

Si, au contraire, on voit dans la dation en paiement une novation, comme l'un des éléments essentiels de la novation est la préexistence d'une dette, la novation ne se formera pas dans le cas où il n'y a pas de dette préexistante. Par conséquence, le débiteur qui a livré en paiement une chose alors qu'il ne devait rien pourra répéter la chose qu'il avait livrée, par la *condictio indebiti*. Il y a sur ce point analogie entre la dation en paiement et un paiement véritable.

Théorie de la « condictio indebiti ». — Pour que la répétition puisse avoir lieu, il faut : 1° Que l'obligation en vue de laquelle la prestation a été faite n'existe pas ; 2° que cette prestation ait été faite par erreur ; 3° que l'*accipiens* ait été capable.

1re *Condition*. — Il faut que la dette n'existe pas. Cela se présentera dans les hypothèses suivantes : 1° Aucun lieu d'obligation n'a jamais uni le *solvens* et l'*accipiens*. Ou la dette a cessé d'exister par prescription ou parce qu'elle a déjà été payée, ou bien la dette est naturelle, annulable ou conditionnelle (et la condition fait défaut) et le débiteur a cru être tenu civilement, a ignoré la cause d'annulabilité, ou a cru être tenu purement et simplement ; 2° la dette existe, le *solvens* est bien débiteur, mais l'*accipiens* n'était pas le créancier ; 3° l'*accipiens* était créancier, le *solvens* n'était pas le débiteur. Les

---

(1) Pothier, *Vente*, n° 602. — Troplong, *Vente*, n°s 7 et s. — Duranton, t. XII, n° 81. — Laurent, t. XXIV, n° 152.

deux premiers cas sont visés par l'article 1376 ; le troisième par l'art. 1377.

2e *Condition.* — Il faut que le *solvens* ait fait cette dation en paiement par erreur. Cette condition était admise sans contestation en droit romain ; si le *solvens* n'a pas agi par erreur, disait-on, il a voulu faire une donation, ou bien un acte dérisoire (53 Dig. De Reg. jur. L, 17). Aujourd'hui, ce principe n'est pas non plus contesté dans le troisième cas, car l'art. 1377 fait de l'erreur du *solvens* une condition *sine qu â non* de la répétition. Les conséquences de cette répétition sont tellement défavorables au créancier qu'il ne fallait pas en effet annuler trop facilement une dation en paiement sur l'effet de laquelle il avait pu compter, et à raison de laquelle il a négligé de poursuivre le débiteur. Mais plusieurs auteurs (1) soutiennent que l'erreur du *solvens* n'est pas indispensable dans nos deux premiers cas, qui ont ceci de commun que la prestation est faite à une personne qui n'était pas créancière. En effet, dit-on, l'art. 1376 n'exige pas l'erreur du *solvens*. On ajoute que la donation ne se présume pas, qu'il est impossible de voir dans l'acte qui nous occupe une donation manuelle, car, d'après les principes fondamentaux en matière de donation, la donation n'est pas l'œuvre d'une seule volonté ; et que, même s'il était prouvé que celui qui a fait la prestation, sachant qu'il n'était pas débiteur, a voulu donner, il n'en résulterait pas que l'acte soit une donation, car il faudrait encore établir le consentement, l'acceptation de cette autre partie.

---

(1) Mourlon, *Revue pratique*, 1864, t. XVIII, p. 196. — Colmet de Santerre, t. VII, n° 357 *bis*, et III.

Nous nous en tenons à l'opinion traditionnelle. L'art. 1376 ne prouve rien, il a pour but d'établir qu'il importe peu que l'*accipiens* ait su ou non qu'il n'était pas créancier. Il ne se préoccupe pas du *solvens* et on ne peut à l'aide d'un texte aussi obscur apporter une dérogation aussi considérable aux principes. Les travaux préparatoires (1), notamment le discours du tribun Tarrible au Corps législatif, sont du reste contraires à cette idée. Vainement dit-on que la donation ne se présume pas ; la deuxième partie du raisonnement des Romains subsiste : le débiteur a voulu faire un acte déraisonnable, *malitiis non est indulgendum*. Bien rarement il arrivera que l'*accipiens* ignore s'il est créancier ou non. S'il sait la vérité, qu'il n'est pas créancier, on ne peut dire que sa volonté fasse défaut. Comment comprendre d'ailleurs que l'erreur du *solvens* soit exigée dans le cas de l'art. 1377 et non dans les deux premiers ?

La prestation à titre de paiement faite en connaissance de cause ne donnera donc pas lieu à répétition (2). Cette règle subit cependant quelques exceptions. Il y aura lieu à répétition de la part de celui qui a fait une dation en paiement sachant qu'il ne devait rien, si l'obligation est nulle comme contraire à l'ordre public, par exemple s'il a donné quelque chose en paiement d'intérêts usuraires ; si la dation lui a été extorquée par violence.

3° *Condition*. — Il faut que l'*accipiens* soit capable de recevoir une dation en paiement. Sinon cette personne ne pourrait s'obliger par un fait de sa volonté en accep-

---

(1) Locré, t. XIII, p. 54.

(2) Demante, V, 357. — Aubry et Rau, IV, § 442, 1°.

tant une telle dation ; elle serait seulement tenue, en vertu de ce principe que nul ne peut s'enrichir aux dépens d'autrui, jusqu'à concurrence de son enrichissement et pourrait être poursuivie par l'action *de in rem verso* et non par la *condictio indebiti.*

Cependant, malgré la réunion des trois conditions que nous venons d'examiner, la *condictio indebiti* ne sera pas possible dans le cas prévu par l'article 1377, 2°, celui où le créancier a supprimé son titre par suite du paiement ou de la dation en paiement (ajouter par analogie celui où le créancier, confiant dans la prestation par lui reçue, aura laissé s'accomplir une prescription en faveur du débiteur). Il y a eu faute de la part du *solvens.* La jurisprudence n'admet pas non plus la *condictio indebiti* dans le cas où la prestation a été faite en vertu d'une obligation honteuse ou illicite de la part du *solvens ;* elle fait application de la règle : *Nemo auditur turpitudinem suam allegans.*

Conséquences de l'exercice de la « condictio indebiti ».— Les choses devront être remises en leur état primitif. Mais si, au point de vue de l'exercice de cette action, il importe peu que l'*accipiens* soit de bonne ou de mauvaise foi, cette bonne ou cette mauvaise foi aura au contraire une grande influence sur les conséquences de cette répétition. S'il a reçu de bonne foi, il n'est tenu que dans les limites de son enrichissement ; s'il a reçu de mauvaise foi, il doit indemniser le *solvens* de tout le préjudice causé. Il est comparable à un possesseur, il ne restituera donc les fruits ou intérêts que s'il est de mauvaise foi (art. 1378) ; si la mauvaise foi intervient postérieurement à la dation en paiement, il ne devra les fruits qu'à partir de ce moment.

L'*accipiens* de mauvaise foi est garant même du cas fortuit. Il est comparable au débiteur en demeure (art. 1302). Ainsi il pourra prouver que la chose eût également péri chez le *solvens ;* cette preuve ne serait pas permise au voleur, mais on n'assimile pas toujours le débiteur de mauvaise foi au voleur. L'*accipiens* de bonne foi ne rendra que la chose qu'il a reçue ; mais il devra, dit l'art. 1379, « *restituer sa valeur si elle est périe ou détériorée par sa faute* ». On peut se demander comment un *accipiens* de bonne foi pourra être en faute : il peut vendre la chose (art. 1380), il peut donc la détruire, la détériorer, il ne sera jamais responsable que de son enrichissement. Il est vrai que l'*accipiens* se croyant propriétaire ne pourra jamais être en faute tant que durera sa bonne foi, mais celle-ci pourra cesser, c'est alors que non seulement il deviendra responsable des fruits, mais encore de la perte de la chose ou des détériorations causées par sa faute. Une différence le séparera encore de l'*accipiens* de mauvaise foi à l'origine : il ne répondra pas des cas fortuits.

Le *solvens* qui a livré par erreur une chose en paiement, pourra-t-il exercer sa répétition contre le tiers acquéreur auquel l'*accipiens* aura cédé cette chose ? Si la chose donnée en paiement est un meuble corporel et que l'acquéreur soit de bonne foi, la revendication ne sera pas possible (art. 2279). Que décider si l'acquéreur est de mauvaise foi ou s'il s'agit d'un immeuble ? En droit romain, on admettait que l'acquéreur était devenu propriétaire par cela seul que son intention d'acquérir s'était rencontrée avec l'intention d'aliéner de son cédant. Peu importait que cette double intention reposât sur un motif inexact. Cela étant, le *solvens* qui a fait une prestation indue pourra bien exercer contre l'*accipiens* une action

personnelle, la *condictio indebiti*, mais il n'a pas contre lui d'action réelle en revendication, l'*accipiens* est bien devenu propriétaire, le tiers auquel il a cédé son droit de propriété est lui-même devenu propriétaire, et comme ce tiers n'est tenu envers le *solvens* par aucune action personnelle, il ne pourra être inquiété. Tout en conservant ces principes, Pothier (1) avait admis un recours contre le tiers acquéreur à titre gratuit, *quia certat de lucro captando,* et contre le tiers acquéreur à titre onéreux s'il est de mauvaise foi, et il donnait au *solvens* une action qu'il qualifiait de *utilis in rem*, par laquelle celui-ci pouvait faire prononcer la rescision de l'aliénation et revendiquer la chose. Mais le tiers acquéreur à titre onéreux et de bonne foi ne pouvait être inquiété.

Aujourd'hui, d'après les principes du Code civil, l'*accipiens* n'est plus devenu propriétaire, car la chose lui a été transmise sans cause. En effet la novation, que suppose la dation en paiement, n'existe pas, car elle manque elle-même de cause, la dette primitive n'existant pas. Donc la dation en paiement n'existe pas et par conséquent la translation de propriété manquant de cause, n'a pu être opérée. En un mot, la cause du transfert de propriété, c'est la novation que suppose la dation en paiement, la cause de cette novation c'est la dette primitive ; la dette primitive n'existant pas, ni la novation, ni le transfert de propriété ne peuvent exister. D'ailleurs, le raisonnement que faisaient les Romains est très subtil. Peut-on dire, en effet, que le *solvens* ait réelle-

---

(1) Pothier, *Traité du contrat de prêt de consomption*, nos 178, 179.

ment l'intention de transférer la propriété, lorsque l'obligation dont il se croit tenu et en exécution de laquelle il faisait une dation, n'existait pas ? N'est-il pas plus juste de dire qu'il y a là une aliénation reposant sur une fausse cause, et qui doit être nulle comme l'obligation sans cause (art. 1131) ? L'*accipiens* n'est donc plus, comme en droit romain, devenu propriétaire (1). Il n'a donc pu transférer plus de droits qu'il n'en a, et le tiers acquéreur, qu'il soit de bonne ou de mauvaise foi, pourra être poursuivi par l'action en revendication du *solvens*. Seulement ce tiers aura un recours contre l'*accipiens*, pour lui demander des dommages-intérêts par l'action en garantie. Par suite de ce recours qui peut être exercé contre lui, il arrivera souvent que l'*accipiens* de bonne foi sera tenu d'une somme plus forte que le prix, ce qui fera échec à l'art. 1380. Mais cet article ne sera pas lettre morte, car le tiers n'aura pas toujours droit à garantie. Et dans le cas où l'*accipiens* sera tenu de rembourser au tiers une somme plus forte que le prix, il pourra réclamer l'excédant au *solvens*.

L'article 1381 n'applique pas, en ce qui concerne les dépenses relatives à la chose payée ou donnée en paiement, les règles ordinaires qui régissent les rapports d'un possesseur ordinaire avec le propriétaire. Ainsi le possesseur de mauvaise foi ne peut en principe se faire indemniser que des dépenses nécessaires à la conservation. Dans notre cas, il pourra réclamer non seulement les dépenses nécessaires, mais encore les dépenses utiles de conservation,

---

(1) *Contrà*, Zachariæ, § 442, texte et note 8. — Delvincourt, III, p. 681. — Toulier, XI, 97 et suiv. — Cf. Colmet de Santerre, V, 361 *bis*, III et IV. — Aubry et Rau, § 442, texte et note 37.

c'est-à-dire celles qui auraient pu être retardées, mais qui ont servi à la conservation. Quant aux dépenses d'amélioration, elles pourront être répétées contre le *solvens* jusqu'à concurrence de la plus-value donnée à la chose. Les dépenses voluptuaires ne pourront être répétées.

SECTION II

CAPACITÉ POUR FAIRE ET RECEVOIR UNE DATION EN PAIEMENT

§ I. — *Qui peut faire une dation en paiement ?*

Elle peut, comme le paiement, être faite par le débiteur ou par un tiers intéressé ou non à l'extinction de la dette. Si elle est faite par un tiers, il y aura, tout à la fois novation par changement d'objet et novation par changement de débiteur. Mais elle ne pourra pas plus être imposée au créancier par ce tiers que par le débiteur. Et toujours comme au cas de paiement ce tiers aura suivant les cas, l'action du mandat ou *negotiorum gestorum,* ou l'action *de in rem verso*, ou encore l'action du créancier dans laquelle il se sera fait subroger, pour réclamer au débiteur le profit que celui-ci a tiré de la dation en paiement faite par lui.

L'article 1328 dit que « *pour payer valablement, il faut être propriétaire de la chose donnée en paiement et capable d'aliéner.* » Les auteurs font justement remarquer que cet article repose sur l'idée que tout paiement est un acte d'aliénation, que cela est inexact en

général, car d'après l'article 1138, la propriété se transmet par le seul effet de la convention ; que cette disposition de l'art 1238 ne sera donc vraie que dans certaines hypothèses exceptionnelles et notamment en cas de dation en paiement (1). Puisque nous sommes dans un des cas d'application de l'art. 1238, nous devons donc l'étudier. Du reste, il semble que cet article ait été écrit pour le cas spécial de dation en paiement, puisqu'il parle de chose donnée en paiement.

Etude de l'article 1238. — Nous verrons successivement le cas où la dation en paiement est faite par un non propriétaire et le cas où elle est faite par un incapable d'aliéner, et nous examinerons quelles sont les conséquences pour le créancier *accipiens*.

A. — *Dation en paiement faite par un non propriétaire.* — En ce qui concerne le véritable propriétaire, cette dation en paiement est pour lui *res inter alios acta.* Il pourra revendiquer, sauf les cas où le créancier serait devenu propriétaire par la prescription de 10 à 20 ans, ou de 30 ans. S'il s'agit d'un meuble corporel, on appliquera la règle de l'art. 2279, c'est-à-dire qu'aucune revendication ne sera possible de la part du véritable propriétaire, à moins qu'il ne s'agisse d'un objet perdu ou volé. Cependant notre article 1238 dans son 2e alinéa semble faire dérogation à la règle de l'article 2279. « *Néanmoins le paiement d'une somme en argent ou d'une autre chose qui se consomme par l'usage, ne peut être répété contre le créancier qui l'a consommée de bonne*

(1) Aubry et Rau, V, § 316, p. 150, texte et notes 10 et 11.

foi, quoique le paiement en ait été fait par celui qui n'en était pas propriétaire ou qui n'était pas capable de l'aliéner. » On pourrait tenir le raisonnement suivant : tandis qu'en règle générale la simple possession de bonne foi d'un meuble corporel empêche la revendication, dans le cas particulier où une chose est donnée en paiement il faudrait une condition de plus, la consommation. Par consommation, il est incontestable que l'on n'entend pas seulement la consommation naturelle, c'est-à-dire l'anéantissement de la chose, mais encore la consommation juridique, c'est-à-dire un fait juridique qui donne à la chose une autre individualité que celle qu'elle avait d'abord (1). S'il y a antinomie entre l'art. 2279 et l'art. 1238, 2e al., il faut avouer que l'on n'aperçoit pas bien le motif rationnel de distinguer entre le paiement ou la dation en paiement et les autres cas.

D'après Demolombe (2), l'art. 2279 serait applicable au cas où la chose donnée en paiement est un corps certain, et l'art. 1238, 2e al., au cas où elle est indéterminée ou bien est une quantité. Dans le 1er cas, le droit du créancier, dit-il, l'emporte sur celui du propriétaire, parce qu'il a voulu obtenir ce meuble lui-même, *in specie*. Dans le 2e cas, le créancier n'a pas eu en vue tel meuble plutôt que tel autre, on conçoit que le droit du propriétaire l'emporte.

Cette distinction est imaginaire ; l'article 2279 édicte une règle générale. L'art. 1238, 2e al., est une réminiscence du droit romain ; il a perdu une partie de son utilité depuis la règle générale : En fait de meubles, posses-

---

(1) Demolombe, *Contrats*, IV, 105.

(2) Demolombe, IV, 116 et s.

sion vaut titre. Mais il sera encore utile quand cette règle ne pourra recevoir son application, c'est-à-dire dans les deux cas prévus par l'art. 2279, 2e al., ceux de perte ou de vol (1).

Quel sera le sort d'une dation en paiement faite par un non propriétaire, dans les rapports du créancier et du débiteur ? Tout d'abord le créancier pourra bien certainement invoquer la nullité de cette dation en paiement ; car n'étant pas rendu propriétaire, il n'a pas retiré tout le profit sur lequel il pouvait compter, et il n'est pas nécessaire qu'il soit évincé ni même troublé. Il pourra alors réclamer son paiement, mais en restituant la chose qu'il a reçue.

Il ne pourra plus invoquer cette nullité s'il a consommé la chose de bonne foi, car l'art. 1238, 2e al., est aussi bien applicable dans les rapports du créancier et du débiteur que dans l'intérêt du véritable propriétaire. Mais s'il est couvert seulement par la prescription, il pourra renoncer à se prévaloir de ce moyen (art. 2220), car il peut répugner à sa conscience de dépouiller une autre personne. S'il est couvert par l'art. 2279, la solution sera la même que dans ce dernier cas, car l'hypothèse prévue par cet article n'est qu'une prescription d'une nature particulière, qui permet de prescrire par un laps de temps très court, d'un seul instant, et qu'on a appelée pour cela prescription instantanée. On pourrait objecter : si le créancier refuse de se prévaloir de la prescription, le débiteur poursuivi par lui en paiement pourra lui opposer cette prescription, comme toute personne intéressée peut le faire.

---

(1) Colmet de Santerre, V, 177 *bis*, X et XI.

La réponse est que le débiteur n'a pas ici un intérêt légitime, il a violé son droit, il ne peut invoquer sa propre turpitude.

Si le créancier avait su que la chose à lui donnée en paiement n'appartenait pas au débiteur, il ne pourrait demander la nullité, car acceptant sciemment en paiement la chose d'autrui, il a consenti à courir les risques d'éviction.

Quant au débiteur, pourra-t-il lui-même demander la nullité de la prestation faite à titre de dation en paiement, et répéter la chose livrée, sauf à rester débiteur et peut-être même à la condition d'offrir immédiatement la chose due ? Exposé à l'action en garantie du créancier, il a un grand intérêt à demander la restitution de la chose livrée, pour l'avoir ensuite à sa disposition quand le véritable propriétaire la réclamera. D'après les principes généraux, le débiteur n'aurait pu exercer cette répétition, car il est de principe de droit et d'équité que celui-là ne peut agir en éviction qui sera responsable de l'éviction pratiquée par un tiers. *Quem de evictione tenet actio, eumdem agentem repellit exceptio.* Or, le débiteur serait responsable de l'éviction ; il ne devrait donc pas pouvoir causer un préjudice dont il devrait réparation. Tel n'est pas le système de l'art. 1238. Refusant la répétition de la chose donnée en paiement contre le créancier qui l'a consommée de bonne foi (1), il

(1) Il ne faudrait pas assimiler à la consommation de la chose le cas où elle aurait péri par cas fortuit chez le créancier. Il serait alors libéré de l'obligation de restituer cette chose, mais il conserverait la faculté de réclamer son paiement. Les risques sont pour le débiteur qui a livré la chose d'autrui.

consacre bien *a contrario* le droit pour le débiteur de reprendre la chose quand elle n'est pas consommée. Ce qui le prouve bien, c'est qu'il met sur la même ligne le débiteur qui n'était pas propriétaire de la chose, et le débiteur incapable d'aliéner. Or, dans cette dernière hypothèse, c'est évidemment à celui qui a livré la chose que la loi refuse exceptionnellement l'action en répétition. Donc, dans le cas où la chose a été livrée par un non-propriétaire, c'est aussi au débiteur qu'elle a voulu, par la même expression en la même phrase, refuser le même droit.

Si la dation en paiement était une vente, on pourrait expliquer cette disposition de la manière suivante : la vente de la chose d'autrui est nulle, d'une nullité absolue, et cette nullité peut être invoquée même par le vendeur. La personne qui a fait une dation en paiement de la chose d'autrui pourrait de même en invoquer la nullité. Sans nous prononcer sur le véritable caractère de la nullité de la vente de la chose d'autrui, et sans nous préoccuper du point de savoir si elle peut être annulée sur la demande du vendeur, ce qui nous semble toutefois peu certain, puisque celui-ci est sous le coup de la règle : *Quem de evictione...*, nous ne pouvons admettre cette explication, puisque nous avons rejeté dans la dation en paiement toute idée de vente. L'art. 1238 s'explique d'une façon plus naturelle : il serait injuste que le créancier pût toujours se prévaloir de la nullité, et que le débiteur restât continuellement sous le coup de cette nullité, sans pouvoir se prémunir contre ce danger. Du reste, le débiteur ne fera que prévenir la revendication du véritable propriétaire. En reprenant la chose livrée, il redeviendra débiteur puisque la dation en paiement est nulle ; et si la dette est exigible, il faudra qu'il remette immédiatement au créancier ce qui lui est dû.

B. — *Dation en paiement faite par un incapable.* — La nullité pourra être invoquée suivant les règles qui régissent les actes faits par les incapables : l'incapable seul pourra demander la nullité (art. 1125). La novation que suppose la dation en paiement étant alors annulée, l'incapable pourra être obligé de payer la chose due.

Cette demande en nullité ne pourra être exercée, si le créancier a consommé la chose de bonne foi (1238, 2e al.).

Le créancier ne pourra jamais invoquer la nullité. Il ne pourra non plus se soustraire à la demande de l'incapable en se retranchant derrière l'art. 2279. S'il n'a pas consommé la chose, il ne pourra invoquer la prescription de l'art. 2279, car il est tenu d'une obligation personnelle de restituer.

Dans certains cas où le paiement est impossible entre personnes à raison de biens qui les unissent, la dation en paiement sera également impossible. Aussi le tuteur ne pourra, pour éviter de rendre ses comptes, faire une dation en paiement à son pupille (1).

La dation en paiement est prohibée entre époux (art. 1595).

Etude de l'art. 1595. — Cet article interdit la vente entre époux, et il fait exception pour trois cas, mais les trois cas qu'il cite sont précisément des hypothèses de dation en paiement : ce qui ne prouve pas le moins du monde, nous l'avons vu, que la dation en paiement est une vente, mais cela signifie que la dation en paiement entre époux, offrant les mêmes dangers de fraude que la vente, est

---

(1) Toulouse, 17 mai 1850. D. 52, 1, 314.

prohibée comme elle. En général, la loi ne frappe un acte frauduleux que lorsque la fraude est démontrée ; ici elle édicte une présomption de fraude *juris et de jure*, elle agit par mesure préventive et elle annule la dation en paiement et la vente faites entre époux.

Il y avait lieu de craindre en effet : 1° que, par l'un de ces contrats, les époux ne se fissent des libéralités dépassant la quotité disponible permise par les art. 1904 et 1908 ; — 2° en outre, ces libéralités, qu'elles dépassent ou non la quotité disponible, auraient échappé à la règle de la révocabilité des donations entre époux (art. 1096) ; — 3° enfin l'un des conjoints aurait pu par le moyen d'une vente ou d'une dation en paiement simulée faite à son conjoint, soustraire ses biens à l'action des créanciers. On invoque parfois un quatrième motif de cette interdiction. La femme mariée, dit-on, ne peut agir sans l'autorisation de son mari; or, le mari ne peut être *auctor in rem suam*. Ce motif ne prouve rien, car l'autorisation du mari peut être suppléée par celle de justice, et s'il était admissible, on eût dû exiger seulement l'intervention de justice ; d'un autre côté, il prouve trop, car il faudrait en conclure que tout contrat doit être interdit entre époux : or, la loi ne prohibe que la vente, la dation en paiement. (art. 1595) l'échange (art. 1707 combiné avec art. 1595) et peut-être d'autres, mais de son silence il faut déduire qu'elle autorise en principe les autres conventions.

Tandis que la loi ne fait aucune exception à la prohibition de la vente entre époux, elle autorise en certains cas exceptionnels la dation en paiement. C'est qu'alors la préexistence d'une dette enlève toute crainte d'une libéralité. Pour payer son conjoint, l'époux débiteur aurait été forcé de vendre un bien ; il est plus conforme

aux intérêts de la famille, puisque la fraude n'est plus à craindre, de l'autoriser à faire une dation en paiement. Car notre législateur d'aujourd'hui tient toujours, comme celui de l'ancien droit, quoique un peu moins cependant, à ce que les biens restent dans la famille.

Ces mêmes raisons autorisent la dation en paiement que l'un des époux, à la dissolution de la communauté, peut exiger de l'autre en paiement de ses reprises. (Art. 1471).

Ces motifs n'ont pas cependant fait admettre toute dation en paiement entre époux. Elles ne sont permises que dans les cas spécialement prévus par l'art. 1595, dans lesquels il est certain que les créances sont légitimes et exigibles. Ils sont au mombre de trois.

1er Cas. — « *Celui où l'un des époux cède des biens à l'autre, séparé judiciairement d'avec lui en paiement de ses droits* ».

La communauté est dissoute par la séparation de biens ; la femme est créancière de la communauté et subsidiairement du mari, parce que par exemple le prix d'un de ses immeubles vendus a été versé à la communauté, ou bien parce que, étant mariée sous le régime de communauté réduite aux acquêts, elle a versé dans la communauté des valeurs qui, faute d'inventaire, sont tombées en communauté sauf récompense. A l'inverse, elle peut être débitrice de la communauté, si par exemple elle a employé des deniers communs à doter l'enfant d'un premier lit ; renonçant à la communauté, elle pourra s'acquitter en remettant à son mari un objet mobilier ou immobilier.

Il faut, pour que cette dation en paiement soit possible

que la séparation de biens ou de corps soit prononcée. Alors suit une liquidation, qui constitue un des époux créancier de l'autre, les dettes sont exigibles. L'époux créancier pourrait agir contre l'autre et l'exproprier : mieux vaut une dation en paiement qui conservera les biens aux enfants, et prévient les frais.

Le jugement de séparation de biens rétroagissant au jour de la demande (art. 1445), on ne pourrait néanmoins déclarer bonne et valable une dation en paiement survenue entre époux pendant l'instance, car la fraude serait possible.

2e Cas. — « *Celui où la cession que le mari fait à sa femme, même non séparée, a une cause légitime, telle que le remploi de ses immeubles aliénés, ou de deniers à elle appartenant, si ces immeubles ou deniers ne tombent pas en communauté.* »

Tout à l'heure la loi autorisait une dation en paiement faite par l'un ou l'autre époux ; ici le mari seul est autorisé à la faire ; dans le cas suivant, ce sera à la femme seule que sera donnée cette permission.

Il n'y a pas de séparation entre les époux ; il ne suffit pas que la femme soit créancière du mari, il faut encore que la dation en paiement ait une *cause légitime*. Et la loi ne donne pas aux tribunaux un pouvoir d'appréciation souverain, pour déterminer s'il y a cause légitime de dation. Elle présente deux espèces comme le type des causes légitimes, et la dation en paiement ne pourra être admise dans d'autres hypothèses que si l'on y rencontre les caractères principaux de ces deux exemples.

Le premier exemple cité est celui où un bien propre a été aliéné, le prix tombe en communauté ; alors la femme

est créancière et le mari peut lui céder un de ses biens propres pour la payer. Le bien cédé pourrait évidemment aussi être un bien de communauté, puisque d'une part c'est la communauté qui est réellement débitrice, et que d'autre part le mari peut aliéner les biens communs. Le texte qualifie cette opération de remploi. Ce n'est pas un remploi dans le sens de l'art. 1435, c'est-à-dire un remploi avec subrogation. Le véritable remploi suppose une déclaration lors de l'acquisition ; or, ici il n'est pas question de cette déclaration, le bien cédé à la femme a pu être acquis par le mari avec l'intention de le donner ensuite en paiement à la femme, mais ce bien a pu être acquis par le mari pour son propre compte ou pour le compte de la communauté, à un moment où l'on ne prévoyait pas encore cette dation, et même à un moment où l'on ne prévoyait pas le mariage. Et cette différence aboutit aux conséquences suivantes : tandis que dans le remploi avec subrogation il n'y a qu'une seule transmission, dans l'hypothèse de dation en paiement prévue par notre texte, il y en a deux, une première qui a donné l'immeuble à la communauté ou au mari, une deuxième qui l'a fait passer du mari ou de la communauté à la femme. Deux droits de mutation seront dus, et la femme sera tenue de supporter tous les droits réels et toutes les hypothèques dont le mari aura grevé l'immeuble.

Le deuxième exemple de cause légitime cité par l'art. 1595, 2°, est celui où la femme avait des deniers propres qui ne sont pas tombés en communauté. Ces deniers ont cependant été confondus avec les deniers de la communauté. La femme est créancière, et sa créance est certaine, quoiqu'elle ne soit exigible qu'à la dissolution de la communauté.

Les caractères qui se dégagent de ces deux exemples

sont : la préexistence d'une dette à la charge du mari au profit de la femme, et la susceptibilité du remboursement actuel. Si la dette avait été créée pour légitimer cette dation en paiement, la dation ne serait pas valable. Mais il n'est pas nécessaire que la date soit exigible, le deuxième exemple cité le prouve bien (1).

La loi n'a pas permis à la femme la même faculté de faire une dation en paiement, parce qu'il se présentera rarement une cause légitime pour la femme. N'ayant pas la gestion des biens du mari, elle ne détiendra presque jamais le prix des biens du mari, ou des deniers à lui propres. La loi a craint que, si pareille hypothèse se présentait, elle n'eût été préparée par les époux pour légitimer une donation sous forme de dation en paiement, sans cause légitime.

Dans un cas seulement la femme, même non séparée, peut faire une dation en paiement au mari.

3e Cas. — « *Celui où la femme cède des biens à son mari en paiement d'une somme qu'elle lui aurait promise en dot, et lorsqu'il y a exclusion de communauté.* »

Le mari créancier de la femme pour la somme que celle-ci lui a promise en dot pourrait faire saisir et vendre : on autorise la femme à se libérer en faisant au mari une dation en paiement.

La loi n'admet pas cette dation sous le régime de com-

---

(1) Cf. : Chambéry, 21 fév. 1876. S. 76, 2, 163. — Alger, 6 mars 1882, S. 84, 2, 137. — *Contrà*, Cass., 15 juin 1881, S. 83, 1, 473 et note de M. Buffnoir. — Bordeaux, 15 février 1882. S. 84, 2, 27.

munauté « *...Et lorsqu'il y aura exclusion de communauté.* » Le Code n'a pas seulement en vue le régime dans lequel se trouve la clause portant que les époux se marient sans communauté (art. 1530 et suiv.), autrement dit le régime exclusif de communauté. Cette expression comprend encore le régime dotal et le régime de séparation de biens. Sous le régime dotal, la femme pourra céder en paiement de sa dot un bien paraphernal ou un bien dotal qui n'est pas atteint par la règle de l'inaliénabilité. Le régime dotal étant le régime principal dans la Société d'acquêts (art. 1581), une telle dation en paiement pourra être faite sous ce régime.

Sous le régime de communauté légale, la femme n'aurait pas eu d'intérêt à avoir la faculté de faire une telle dation en paiement, puisque notre hypothèse est la promesse d'une dot en argent. Mais dans le cas où la femme n'a pas apporté tout son mobilier ; quand, au moyen d'une clause d'apport par exemple, elle n'a promis qu'une somme d'argent, une dation en paiement aurait eu un grand intérêt pratique. Pourquoi donc l'article 1595, 3°, ne permet-il cette dation en paiement que lorsqu'il y a exclusion de communauté ? Il n'y en a pas de raison, ou du moins il n'y a qu'un motif historique. C'est sur la demande du tribunal de Grenoble que cet article a été introduit dans le Code, et dans ses observations le tribunal ne signalait l'utilité de cette dation en paiement que sous le régime dotal.

Une autre explication a pourtant été donnée de ces mots « *et lorsqu'il y a exclusion de communauté* ». M. Colmet de Santerre (1) dit que cette expression ne se

---

(1) Colmet de Santerre, VII, 21 *bis*, I.

réfère pas au régime, le Code n'ayant pas de raison pour restreindre sa règle à tel ou tel régime matrimonial ; elle signifie seulement que cette dation en paiement n'est possible qu'autant que le bien donné en paiement est exclu de la communauté. Si, en effet, le bien est commun, le mari peut l'aliéner sans recourir aux formalités de la saisie. Point n'était donc besoin de permettre une dation en paiement, puisque le but de la loi dans l'art. 1595, en permettant la dation en paiement dans certains cas, est précisément d'éviter la saisie. Ce système de M. Colmet de Santerre est-peut être plus rationnel que celui adopté par le Code, mais il n'est pas permis de dénaturer ainsi une expression aussi claire.

Dans les trois cas prévus, la loi craignant encore qu'on dissimule une libéralité réserve le droit des héritiers. « *Sauf, dans ces trois cas, les droits des héritiers des parties contractantes, s'il y a avantage indirect* ». Une donation dissimulée sous la forme d'une dation en paiement serait plutôt une donation déguisée, et notre article la qualifie mal de donation indirecte. C'est donc la nullité de la dation en paiement que pourront demander les héritiers dans tous les cas (art. 1099, 2°) (1) et non seulement la réduction pour le cas où la quotité disponible serait excédée (art. 1099, 1°). D'après notre manière d'envisager l'art. 1099, 2°, c'est-à-dire le considérant comme un texte qui sanctionne tout à la fois et les règles de la réserve et le principe de la révocabilité des dona-

(1) Ce qui sera annulé, ce n'est pas la dation en paiement tout entière, puisque nous supposons que nous sommes dans un des cas où elle est permise. C'est pour la partie seulement qui cache une libéralité que la nullité pourra être prononcée.

tions entre époux, nous donnerons cette action en nullité à tous les héritiers, même les non réservataires. Si, au contraire, on admet l'opinion de la Cour de cassation, que cet article sanctionne seulement les règles de la réserve (1), on ne devra admettre que les héritiers réservataires à se prévaloir de cette nullité.

Demandons-nous maintenant quel sera le sort d'une dation en paiement faite en dehors d'un des cas prévus par la loi ? Les époux sont incapables ; il faudra appliquer les règles sur le sort des actes faits par les incapables (art. 1125) : eux seuls ou leurs ayants-cause pourront se prévaloir de cette nullité, qui se prescrira par 10 ans. On a cependant essayé de valider ces dations en paiement. Un premier système les considère comme donations déguisées entre époux, les traite alors comme des donations et déclare qu'elles sont seulement révocables. On applique par analogie la théorie de la jurisprudence sur les donations déguisées sous la forme d'une vente. Elle les considère comme valables, sauf à leur faire application des règles des donations sur la révocabilité ou l'irrévocabilité, sur la quotité disponible, etc. — La jurisprudence validant les donations déguisées sous la forme d'une vente, suppose que la vente est régulière. Dans notre espèce, la dation en paiement est nulle ; elle ne peut donc valoir comme donation.

Un deuxième système décide que la dation en paiement sera valable, si les époux avaient voulu faire une dation en paiement véritable ; nulle en vertu de l'art. 1999, 2° dans le cas contraire. C'est le système auquel on

---

(1) Cass., 23 mai 1832, S. 83, 1, 72.

aurait dû s'arrêter si nous n'avions pas un article 1595. Mais cet article existe, et, comme nous l'avons dit, il agit par mesure préventive. Partant de ce principe que les dations en paiement entre époux déguisent la plupart du temps des donations, il les déclare toutes nulles, sauf dans les trois cas qu'il indique.

§ II. — *Qui peut recevoir une dation en paiement.*

Comme le paiement, elle pourra être faite au créancier ou à quelqu'un ayant pouvoir de lui (art. 1239).

Si elle est faite au créancier, il faudra que celui-ci soit capable d'aliéner. Ainsi, un mineur émancipé qui peut recevoir paiement, ne pourra recevoir une dation en paiement. Ceci s'explique du reste facilement si l'on admet que la dation en paiement est une novation, car l'on sait que le mineur émancipé ne peut s'engager sans le consentement de son curateur (art. 482).

L'art. 1241 visant l'hypothèse d'un paiement fait à un mineur indique qu'il est valable, si la chose a tourné à son profit. Si une dation en paiement profite au mineur, cet art. 1241 sera inapplicable, parce que la dation en paiement implique une novation, c'est-à-dire un engagement que le mineur ne peut prendre. Du reste, il est prudent de le protéger plus efficacement qu'en cas de paiement, car il est à craindre que le débiteur n'abuse de son inexpérience pour lui faire accepter une chose de valeur moins grande que le montant de la dette.

La dation en paiement peut être faite à un tiers ayant de la loi ou de la volonté des parties un pouvoir suffisant pour accepter une dation en paiement. Un tuteur pourra accepter une dation en paiement, car il peut obliger le mineur. Un mandataire spécial le pourra aussi évidem-

ment, pourvu que son mandat ne soit ni éteint ni révoqué. Mais le mandat de recevoir paiement n'implique pas du tout celui de recevoir dation en paiement. Ainsi l'huissier faisant commandement, a mandat de recevoir paiement, mais ne pourrait accepter en paiement un mandat tiré d'un notaire sur un autre (1).

Un cocréancier solidaire peut-il accepter du débiteur commun une dation en paiement ? Pour résoudre cette question, il faut se rappeler que chaque créancier solidaire n'est plus, comme en droit romain, maître de la créance, sans aucunes relations avec les autres créanciers solidaires ; d'après le Code civil, chaque créancier est mandataire des autres créanciers pour ce qui excède sa part. Ce mandat lui donne bien pouvoir de poursuivre le paiement, mais non de compromettre la créance au préjudice des autres. Ainsi il ne peut consentir au préjudice des autres un pacte de remise (art. 1198, 2°). Le serment qu'il défère au débiteur n'a d'effet que vis-à-vis de lui (art. 1365). De même il ne pourra consentir une transaction opposable aux autres créanciers. Il ne pourra faire une novation que pour sa part (2). Nous dirons donc de même qu'il ne pourra recevoir une dation en paiement que pour sa part.

La dation en paiement reçue par un tiers sans pouvoir, sera valable si ce tiers avait pu être considéré de bonne foi comme possesseur de la créance. Tel est par exemple l'héritier apparent : la jurisprudence admettant la validité

---

(1) Cass., 3 août 1840, S. 40, 1, 924.

(2) Aubry et Rau, IV, § 298 *bis*, pages 16 et 17. — Colmet de Santerre, V, 130 *bis* I et S.

des aliénations consenties par l'héritier apparent, *a fortiori* doit-on considérer comme valable la dation en paiement qui lui est faite.

SECTION III

QUELLE CHOSE PEUT ÊTRE DONNÉE EN PAIEMENT

La dation en paiement n'étant que l'exécution d'une obligation qui s'est substituée à une autre au moyen de la novation, nous devons conclure que toute prestation qui peut être l'objet d'une obligation peut être donnée en paiement.

Dation en paiement d'une chose corporelle. — Le plus souvent c'est cette hypothèse qu'on envisage lorsqu'on parle de dation en paiement. Le débiteur, en paiement de son obligation, promet de transférer la propriété d'une chose, ou de constituer un droit réel quelconque sur sa chose, ou encore de céder dans le cas où ce droit est cessible un droit réel qu'il a sur la chose d'autrui, comme un droit d'usufruit par exemple. Remarquons que la promesse de transférer un corps certain est parfaite par le seul consentement des parties, c'est-à-dire que le cessionnaire devient propriétaire immédiatement et sans qu'il soit besoin d'une tradiction effectuée (art. 1138).

Les droits réels pour pouvoir être cédés en paiement doivent naturellement être dans le commerce et non frappés d'inaliénabilité.

Dation en paiement d'une créance. — Une créance peut être donnée en paiement, pourvu qu'elle soit dans le commerce, que ce ne soit pas, par exemple, un droit

éventuel sur une succession non ouverte (art. 790, 1130, 1600). Peu importe sa nature et son origine. Une créance litigieuse peut être donnée en paiement, mais contrairement à ce qui se passerait si elle était l'objet d'une vente, une telle dation en paiement ne donnera pas lieu à la faculté d'exercer le retrait litigieux (art. 1701, 2°). L'intérêt social qui a fait édicter l'art. 1699, c'est-à-dire la diminution du nombre des procès, n'est plus en jeu. Ici la cession a une cause légitime qui apparaît à tous. Elle a pour but d'éteindre une dette du cédant envers le cessionnaire.

Le tuteur ne peut se rendre cessionnaire de créances ou de tous autres droits contre le mineur (art. 450, 3°). Pourrait-il accepter une créance en paiement d'une créance qui lui est due? Les auteurs se prononcent en général pour la négative, n'admettant d'autre dérogation à la règle de l'art. 450, 3° qu'en ce qui concerne les acquisitions que le tuteur fait par donation, succession ou legs, ou par subrogation (1). On objecte que le motif de l'art. 450, 3° est d'empêcher le tuteur de spéculer aux dépens du pupille; ce motif n'existerait pas dans notre hypothèse où aucune spéculation n'est à craindre. Nous pensons que, malgré la préexistence d'une dette au profit du tuteur, la dation en paiement peut encore être l'objet d'une spéculation de la part de celui-ci, car s'il arrive très souvent qu'un créancier, pour arriver au remboursement de ce qui lui est dû, fasse des concessions en acceptant en paiement une chose d'une valeur inférieure à celle

---

(1) Duranton, III, 762. — Demolombe, *De la minorité*, I, n° 762. — Aubry et Rau, § 116, p. 473.

qui lui est due, on comprend aussi que l'hypothèse inverse se produise, et il y a toujours lieu de craindre que le tuteur, en acceptant en paiement une créance contre le mineur, y trouve un avantage au détriment de celui-ci.

Si la créance cédée est annulable et que la nullité en soit demandée et obtenue, ou bien si elle est conditionnelle et que la condition fasse défaut, alors la dation en paiement n'aura pas produit tout l'effet sur lequel le créancier pouvait compter, elle sera nulle comme manquant d'un de ses éléments essentiels. Néanmoins, une créance annulable ou conditionnelle pourra être donnée en paiement, si telle est la volonté du créancier, si le créancier veut courir les risques et se contenter d'une telle créance. Nous en dirons autant d'une créance naturelle.

Dation en paiement d'un fait. — Un fait pourra être promis et accompli par le débiteur en paiement de sa dette. Il suffit pour cela qu'il puisse être l'objet d'une novation, c'est-à-dire : 1° qu'il soit appréciable en argent ; 2° qu'il ne soit contraire ni à la loi ni aux bonnes mœurs.

SECTION IV

IL FAUT QUE LA DATION EN PAIEMENT PRODUISE TOUT L'EFFET SUR LEQUEL LE CRÉANCIER A LÉGITIMEMENT PU COMPTER.

Nous avons déjà étudié cet élément de la dation en paiement en parlant de la nature de notre opération et en la définissant une novation soumise à la condition que l'exé-

cution de la nouvelle obligation aura lieu et produira tout l'effet sur lequel les parties ont pu compter. Nous avons vu que c'était l'avis de Pothier, et que cette condition résulte de l'intention même des parties, car c'est seulement en considération de cette prestation que le créancier a consenti à l'extinction de sa créance. Le débiteur est, il est vrai, libéré par la novation renfermée dans la dation en paiement, mais en vertu de l'effet rétroactif produit par l'avènement de notre condition.

Si donc la chose promise en paiement a péri postérieurement à l'accord des volontés des parties, la perte sera pour le débiteur, il supporte les risques (art. 1182, 1°). Le créancier pourra exercer sa créance primitive. A plus forte raison déciderons-nous de même, si la chose n'existait déjà plus au moment de la novation, aucune nouvelle obligation n'ayant pu prendre naissance faute d'objet.

On comprendrait cependant que le créancier ait fait une novation pure et simple, laquelle serait suivie de son exécution. Alors le débiteur sera libéré par la novation et restera libéré même si la chose vient à périr. Mais ce ne sera plus une dation en paiement véritable, car la dation en paiement, dit Pothier (1) « *ne se fait que par la translation de propriété de la chose donnée en paiement.* »

---

(1) Pothier, III, p. 238 et s.

APPENDICE

DE QUELQUES CAS DE DATION EN PAIEMENT

Maintenant que nous connaissons les éléments de la dation en paiement, nous pouvons nous occuper de quelques cas spéciaux et nous demander si les hypothèses que nous allons présenter sont bien des dations en paiement.

Nous avons déjà vu : que le remploi fait par le mari pour le compte de la femme, lorsqu'il est accepté par la femme (art. 1435), ne constitue pas une dation en paiement ;

Et que les prélèvements que l'un des deux époux exerce en nature sur les biens de la communauté, après la dissolution de celle-ci (art. 1471), constituent une dation en paiement d'un caractère spécial, à la discrétion de l'époux créancier, obligatoire pour l'époux débiteur.

L'art. 1406 nous offre aussi un exemple de dation en paiement d'une nature spéciale. Un immeuble est abandonné ou cédé par père, mère ou autre ascendant à l'un des deux époux pour le remplir de ce qu'il lui doit (nous ne parlons pas de l'autre hypothèse prévue par l'article, où la même cession est faite à l'époux à charge de payer les dettes du donateur à des étrangers, auquel cas il n'y a pas dation en paiement). La dation en paiement étant une

novation est en principe un acte à titre onéreux. La conséquence tirée de l'art. 1401, 3°, serait que l'immeuble ainsi acquis par l'enfant tomberait en communauté. Cependant l'art. 1406 le déclare propre, parce qu'il considère cette dation en paiement comme un accommodement de famille. A la mort du père, en effet, l'immeuble eût tombé dans le patrimoine propre de l'enfant, qui eût été obligé, en sa double qualité d'héritier du débiteur et de créancier, de subir la confusion. Ce résultat ne doit pas être changé par l'avancement d'hoirie que lui a fait le père. Ici donc la dation en paiement est un acte à titre gratuit.

L'art. 1553 dans le titre du régime dotal prévoit aussi une hypothèse de dation en paiement. L'immeuble donné en paiement de la dot constituée en argent n'est pas dotal, dit-il. Cette disposition tient à ce que les conventions matrimoniales ne peuvent être changées pendant le mariage, et prouve que la dation en paiement n'est pas un paiement véritable, puisque le sort de la chose donnée en paiement n'est pas le même que l'aurait été le sort de la chose due, si elle avait été payée.

L'article 1500, 2°, nous offre un cas intéressant de dation en paiement. L'époux qui déclare mettre son mobilier en communauté jusqu'à concurrence d'une certaine somme, exclut son mobilier de la communauté pour tout ce qui excède cette somme. En vertu de cette clause, tout le mobilier présent et futur tombe dans la communauté qui en devient propriétaire, sauf à compter, c'est-à-dire que si la valeur du mobilier tombé en communauté du chef de l'époux débiteur excède la somme promise, la communauté devient débitrice envers lui de l'excédant (art. 1503). Dans ce cas donc, l'époux est débiteur envers la communauté d'une certaine somme et il donne en paiement à la communauté tout son mobilier, sauf à compter.

On a expliqué autrement l'article 1503. On dit que le Code, comme l'ancien droit, ne reconnaissait plus de propres mobiliers parfaits, c'est-à-dire que tous les meubles que se réserverait un époux tomberaient en communauté, sauf récompense. Ce système n'est plus admis aujourd'hui et ne pouvait plus l'être en raison de la valeur considérable qu'ont acquise les valeurs mobilières. L'art. 1503 est une disposition toute spéciale à la clause d'apport jusqu'à concurrence d'une certaine somme. Il s'explique par ceci, que l'époux a manifesté l'intention de conserver comme propre, moins l'excédant de son mobilier qu'une certaine valeur. Donc si le mobilier tout entier tombe en communauté, ce n'est pas parce qu'aujourd'hui la loi ne reconnait que des propres imparfaits, c'est parce que le mobilier de l'époux est donné en paiement de la somme promise à la communauté, sauf à compter (1).

Pour qu'il y ait dation en paiement, il faut que la prestation fournie soit différente de la prestation due, *aliud pro alio solvere*. Y aurait-il dation en paiement si le débiteur d'une somme d'argent fournissait des denrées dont le prix est réglé par les mercuriales ? La difficulté vient de ce que la compensation est possible entre une somme d'argent et des denrées de cette nature. Or, en général, la compensation repose sur un double paiement ; donc on pourrait dire que le débiteur d'une somme d'argent qui s'acquitte de la sorte fait un paiement, non une dation en paiement. Nous avons vu que ce cas de compensation légale est une dation en paiement forcée, imposée par la

---

(1) Aubry et Rau, V, § 523, 3°, p. 468.

loi (1). Le débiteur qui donne du blé au lieu d'argent paie donc *aliud pro alio*.

Y a-t-il dation en paiement dans le fait par le débiteur d'une somme d'argent de remettre à son créancier des effets de commerce (lettres de change, billets à ordre, chèques, warrants, etc) ?

Oui, évidemment, car le créancier ne peut être contraint de recevoir une autre chose que celle qui lui est due, quoique la valeur de cette chose soit égale à celle qui est due. En fait, dans les relations commerciales, le créancier acceptera toujours des effets de commerce, parce qu'il est sûr de se procurer de l'argent, et on peut même dire que, dès qu'il s'agit d'un créancier pour raisons de commerce, il peut y être contraint, parce que ce mode de libération est tellement entré dans nos habitudes commerciales, que l'on admet généralement que le créancier est présumé avoir consenti une *facultas solutionis*. Mais juridiquement il ne peut y être contraint. S'il accepte ces effets de commerce, cette acceptation emporte-t-elle novation ? Voici l'intérêt pratique de cette question : si l'effet de commerce n'est pas payé à l'échéance, le créancier pourra-t-il exercer son ancienne action avec ses sûretés et privilèges ? Non, s'il y a novation. Des auteurs (2) acceptent cette novation, la créance primitive serait éteinte. D'autres font une distinction. Ils admettent la solution précédente si le créancier a donné une quittance pure et simple ; si, au contraire, il n'a donné qu'une

---

(1) Demolombe, *Contrats*, IV, 231. — Aubry et Rau, IV, § 318, note 3.

(2) Delvincourt, t. II, p. 780. — Grenier, *Des hypothèques*, t. II, p. 385.

quittance conditionnelle, pour le cas où les effets seraient payés, il pourra agir par son ancienne action, s'ils ne sont pas payés (1). Enfin la plus grande partie des auteurs et la jurisprudence actuelle réservent dans tous les cas au créancier son ancienne action pour le cas où il ne sera pas payé. Car s'il accepte des effets de commerce, c'est pour arriver à être payé ; présumer une renonciation à son ancienne créance, c'est, dit-on, présumer la novation qui ne se présume pas (2). Ces auteurs, Aubry et Rau et Demolombe, ne sont par conséquents avec eux-mêmes ; car ils admettent d'une part que la dation en paiement est une novation, d'autre part que le paiement en effets de commerce est une dation en paiement ; la conclusion devrait être que, si le débiteur qui reçoit en paiement un effet de commerce n'est pas payé à l'échéance, il ne pourra exercer son ancienne action. Pour nous, ce paiement en effets de commerce est bien une véritable dation en paiement, mais nous avons considéré la dation en paiement comme une novation soumise à cette condition que le créancier en tirera tout l'effet sur lequel il pouvait légitimement compter. Cela revient à dire, pour nous servir de l'expression de Demolombe et d'Aubry et Rau, que le créancier n'est censé accepter ces sortes d'effets que sauf encaissement. Et cette manière dont la jurisprudence interprète le paiement en effets de commerce sert

---

(1) Duranton, XII, 287. — Lyon, 29 mars 1833, S. 1834, 2, 29. — Bourges, 6 mai 1837, S. 1837, 2, 439. — Toulouse, 22 févr. 1840, S. 1840, 2, 126.

(2) Cass., 22 juillet 1841, S. 1841, 1, 473. — Lyon, 9 mars 1858, S. 1858, 2, 523. — Caen, 20 juin 1859, S. 1860, 2, 51. — Aubry et Rau, IV, § 324, note 34. — Demolombe, *Contrats*, IV, 297.

d'appui à la théorie que nous avons soutenue sur la nature juridique de la dation en paiement.

Donation rémunératoire. — Lorsqu'une donation rémunératoire est faite pour récompense de services appréciables en argent et pour lesquels celui qui les a rendus aurait action afin d'en obtenir récompense, si la valeur des choses données n'excède pas celle des services, une telle donation est en réalité une dation en paiement, bien qu'elle soit qualifiée de donation. Elle sera soumise aux règles des contrats à titre onéreux au point de vue de la capacité des parties, de l'action en garantie, de la transcription, etc. — Si la valeur des choses données excède celle des services rendus, on est en présence d'un acte mixte, dation en paiement jusqu'à concurrence de la valeur des services, donation pour le surplus. — Si les services n'étaient pas de nature à être estimés en argent, il y aurait donation pour le tout.

Cession de biens. — C'est, dit l'art. 1265, « l'abandon qu'un débiteur fait de tous ses biens à ses créanciers, lorsqu'il se trouve hors d'état de payer ses dettes ». Elle est volontaire ou judiciaire. La cession judiciaire est un bénéfice accordé aux débiteurs malheureux et de bonne foi et n'est point un cas de dation en paiement. Quant à la cession volontaire, elle résulte d'un contrat. Beaucoup de conventions sont possibles entre le créancier et le débiteur ; le plus souvent le débiteur n'abandonnera à ses créanciers que la possession de ses biens, afin qu'ils puissent les réaliser et se payer sur le prix. Ce contrat présente des différences avec la dation en paiement. Jusqu'à la vente, le débiteur peut reprendre ses biens en payant ses dettes ; et si le prix de la vente est supérieur à ses dettes, l'excédant appartiendra au débiteur. Cette cession au point de

vue fiscal sera soumise à un droit fixe (1), et non à un droit de mutation. Mais il pourra se faire que le débiteur ait cédé la propriété de ses biens à ses créanciers. Il y aura alors dans cette cession de biens une véritable dation en paiement.

Couvertures. — L'art. 13 de l'arrêté du 27 prairial an X obligeait les agents de change à se faire remettre les effets qu'ils sont chargés de vendre, ou les sommes nécessaires pour payer ceux qu'ils sont chargés d'acheter. Cet article avait pour but de rendre les jeux de Bourse impossibles, de garantir l'exécution des marchés ; il interdisait aussi aux agents de change de faire des avances, pour maintenir leur crédit dans son intégrite. Cet article a été abrogé par l'art. 4 de la loi du 28 mars 1885, qui rend l'agent de change responsable de la livraison ou du paiement de ce qu'il aura vendu ou acheté. Mais cette responsabilité imposée aux agents de change exige de leur part des précautions qui les mettent à l'abri, en cas de perte, de l'insolvabilité ou de la mauvaise foi de leurs clients. Ils se font remettre une *couverture*, c'est-à-dire une somme en argent, ou des valeurs ou titres destinés à les couvrir des avances qu'auront nécessitées ces opérations.

Cette remise d'une couverture à l'agent de change, lorsqu'elle consiste en valeurs ou titres, constitue-t-elle une dation en paiement des avances que celui-ci sera obligé de faire pour le compte de son client ? Ou bien n'est-elle qu'une mise en gage de ces valeurs avec consen-

---

(1) Loi du 22 frimaire an VII, art. 68, § 4, 1°.

tement donné à l'agent de change d'en disposer en cas de pertes et au moment où devra être effectué le règlement de ces pertes ? Cette question présentait avant la loi de 1885 un intérêt qu'elle a perdu aujourdhui. Les marchés à terme sur les effets publics et autres, et les marchés à livrer étaient considérés comme des jeux de Bourse, pour lesquels la loi refusait toute action conformément à l'art. 1965 du Code civil. Cela posé, si nous supposons que le client qui a fait faire par l'agent de change une opération de ce genre, intente une action en répétition de sa couverture, fondée sur l'art. 1965, cette action en répétition devra-t-elle être admise ? Non, si la couverture est une dation en paiement, car on peut faire une dation en paiement d'une dette de jeu. Oui, si elle est un nantissement, car une dette de jeu n'est pas susceptible d'un cautionnement valable. Cet intérêt n'existe plus, aujourd'hui que la loi du 23 mars 1885 a considéré comme légaux ces marchés à terme, et a refusé au perdant l'exception de jeu. Mais notre question a encore un autre intérêt. Si l'agent de change conserve la couverture à titre de dation en paiement, il en deviendra propriétaire au fur et à mesure de ses avances, il pourra la vendre sans mise en demeure (1). S'il ne les détient qu'à titre de gage, il n'en deviendra propriétaire qu'en réalisant ce gage d'après les conditions prescrites par la loi, c'est-à-dire avec le consentement du propriétaire des titres, et à défaut de ce consentement par l'ordre de justice s'il s'agit d'un gage civil, ou par la vente après mise en demeure et à l'expiration des délais impartis s'il s'agit d'un gage commercial.

---

(1) Crepon, *De la négociation des effets publics et autres.*

La jurisprudence se prononce en ce dernier sens (1). Nous croyons que la remise d'un effet de commerce comme couverture n'est qu'une constitution de gage, et qu'il faudra que l'agent de change vende le titre avec le consentement du débiteur son client ou après les formalités légales, pour se faire payer. A côté du contrat de mandat entre le client et l'agent de change, il y a une convention accessoire qui assure le paiement de la dette éventuelle dont le client peut se trouver redevable par l'effet de la fluctuation des cours.

---

(1) Paris, 24 févr. 1857, D. 57, 2, 134. — Cass., 13 juin 1883, D. 1884, 1, 232.

CHAPITRE III

Des effets de la dation en paiement.

Nous avons à examiner successivement ces effets vis-à-vis du débiteur ; — vis-à-vis du créancier ; — vis-à-vis des tiers.

SECTION I

EFFETS DE LA DATION EN PAIEMENT A L'ÉGARD DU DÉBITEUR.

La dation en paiement libère le débiteur, la dette primitive est éteinte, ses sûretés disparaissent, et les cautions et codébiteurs solidaires sont déchargés.

Qu'arrivera-t-il si la dation en paiement ne procure pas au créancier la satisfaction sur laquelle il pouvait compter ? Par exemple, il avait consenti à recevoir un immeuble en paiement d'une somme d'argent et il vient ensuite à être évincé. En ce cas, la dation en paiement manque de l'un des éléments que nous lui avons reconnus nécessaires, la condition à laquelle était soumise la novation qu'elle suppose ne se réalise pas, la novation tombe donc, et la conséquence logique est que tout devra se

passer comme si rien n'avait été fait, c'est-à-dire que le créancier pourra poursuivre le paiement de ce qui lui est dû, que l'action qui lui appartenait dans ce but n'a jamais été éteinte et que par conséquent elle reste toujours munie de ses accessoires, privilèges et hypothèques, et même cautions. Dans l'ancien droit, Renusson acceptait cette conséquence dans toute son étendue. Basnage faisait une exception à cette règle en ce qui concerne les cautions qu'il considérait comme libérées, et l'ancienne jurisprudence était en ce sens. Pothier, se fondant sur des motifs d'équité, a adopté la doctrine de Basnage, et nous avons déjà indiqué que l'article 2038 du Code civil, qui déclare les cautions déchargées en notre hypothèse, doit s'expliquer par des considérations d'équité (1).

Les auteurs qui expliquent l'art. 2038 par cette idée que la dation en paiement est une novation pure et simple, ceux qui voient, en un mot, dans l'art. 2038 une répétition de l'art. 1281, 2°, refusent au créancier évincé le droit de se prévaloir de sa créance primitive et par conséquent des privilèges et hypothèques qui y sont attachés (2). De même les auteurs qui voient dans la dation en paiement une vente suivie de compensation. La vente est bien nulle, puisque c'est une vente de la chose d'autrui (art. 1599).. Mais la compensation n'en a pas moins

---

(1) Voir ch. I, p. 21 et suiv.

(2) Toullier, t. VII, nos 306, 307. — Duranton, t. XII, nos 79 et s. — Aubry et Rau, III, § 292 et note 4. — Colmet de Santerre, IX, 162 *bis*, II. — Baudry-Lacantinerie, III, 977. — Poitiers, 18 janvier 1864, D, 64, 2, 95. — Douai, 7 juillet 1875, S. 77, 2, 257. Cependant Pont, nos 1230 et s ; Troplong, *Priv. et Hyp.*, IV, nos 847 et s., sont en sens contraire.

existé et a éteint la dette primitive (1). La conclusion, c'est que le créancier évincé aura seulement, soit qu'il y ait vente, soit qu'il y ait novation pure et simple, un recours en garantie contre le débiteur.

Duranton ajoute que cette solution est conforme à l'intention des parties (2). « On ne doit pas croire, en effet, dit-il, que le créancier ait entendu conserver pour ainsi dire indéfiniment son ancienne action, avec les hypothèques, privilèges et cautionnements qui y sont attachés, pour le cas si incertain d'éviction ; on doit penser au contraire qu'il a entendu se contenter à la place de la chose à lui livrée de l'action éventuelle de garantie, le cas échéant. » Nous croyons que telle n'est pas du tout l'intention du créancier. Il n'a entendu renoncer à sa créance que moyennant un équivalent, il n'a pas voulu empirer sa situation. Si la plupart du temps il fait un sacrifice en recevant *aliud pro alio*, il n'a jamais voulu empirer sa situation au point de vue de renoncer à toute hypothèque moyennant éviction.

Donc la situation des cautions est toute exceptionnelle et repose sur ce principe d'équité : *Nemo ex alterius facto prægravari potest.* Par conséquent, l'ancienne action subsistera, en cas d'éviction, munie de ses privilèges et hypothèques. Le créancier invoquera son hypothèque à l'encontre des créanciers postérieurs. Mais il arrivera souvent que, comptant sur la foi de la dation en paiement, il aura consenti la radiation de son inscription ou ne l'aura pas renouvelée en temps utile. Alors, il devra

(1) Laurent, *t.* XXXI, nº 363.

(2) Duranton, XII, nº 82.

prendre une nouvelle inscription. Mais cette nouvelle inscription ne produira-t-elle d'effets qu'à sa date, ou bien rendra-t-elle à l'hypothèque le rang qu'elle avait primitivement ? Tout d'abord, si l'immeuble hypothéqué a été vendu à un tiers, aucune nouvelle inscription ne peut être prise, car la transcription, d'après la loi du 23 mars 1855, arrête le cours des inscriptions.— Si l'immeuble a été grevé de nouvelles inscriptions, la nouvelle inscription du créancier évincé n'aura vis-à-vis d'elles d'effet qu'à sa date. Autrement les créanciers qui ont pris inscription, sans trouver sur l'état délivré par le conservateur celle du créancier évincé, seraient lésés. — Si maintenant, depuis la radiation ou la péremption, l'état de choses qui existait à ce moment s'est conservé ou subsiste encore au moment où le créancier évincé reprend inscription nouvelle, nous dirons avec la jurisprudence et la majorité des auteurs, que cette inscription reprendra tout l'effet qu'elle avait auparavant à l'égard des créanciers et des tiers acquéreurs dont les titres avaient été inscrits ou transcrits avant la radiation (1). On ne peut, en effet, sacrifier l'intérêt du créancier dont l'inscription a été indûment rayée ou périmée, pour améliorer la position de personnes dont les droits se trouvaient primés par l'effet de cette inscription. Et cet effet rétroactif donné à la nouvelle inscription n'est pas contraire au principe de la publicité, entendu selon son véritable esprit, puisque ces personnes n'en conservent pas moins intacts les droits qu'elles avaient acquis.

L'exception apportée par l'art. 2038 à la règle que l'an-

---

(1) Aubry et Rau, III, § 281. Texte, notes 42 et 43 et les arrêts cités.

cienne créance revit avec ses sûretés, étant une dérogation aux principes, devra être interprétée strictement et sa disposition devra être restreinte aux cas formellement prévus par la loi. Elle ne s'applique qu'aux cautions. Elle ne pourra être invoquée par celui qui a hypothéqué son fonds à la sûreté d'une dette non personnelle, nous voulons parler de la caution réelle. La position de cette personne ressemble plutôt à celle d'un tiers détenteur. Pas plus que celui-ci, elle ne pourra donc invoquer l'art. 2038.

Mais il faudrait appliquer notre article aux cautions solidaires. On a vainement essayé, en s'appuyant sur l'article 2021, de dire que la caution solidaire n'est autre qu'un débiteur solidaire. Il est vrai que la caution, en se soumettant à la solidarité, abdique une de ses prérogatives, celle de se prévaloir du bénéfice de discussion, mais elle n'en est pas moins une caution, et comme telle elle peut se prévaloir de toutes les autres prérogatives des cautions, entre autres celle de l'art. 2038 (1).

Une autre conséquence du caractère exceptionnel de notre article, c'est qu'il ne pourra être étendu au cas où un paiement est annulé. En ce cas, ce paiement est censé n'avoir pas été fait, donc la dette subsiste ainsi que le cautionnement. On n'est pas dans les termes de l'art. 2038 et on ne peut étendre une exception (2).

Enfin cet article ne pourra être invoqué par la caution que si la dation en paiement est volontaire, car il est ainsi conçu : « *L'acceptation volontaire que fait le créancier..., etc.* » Dans les cas où la dation en paiement

---

(1) Cass., 10 mai 1858, S. 59, 1, 161.

(2) Douai, 7 juillet 1875, D. 76, 2, 30.

est forcée, les cautions ne seront donc pas libérées (1). Mais supposons une *facultas solutionis*. Nous avons dit que, en somme, ce n'est qu'une dation en paiement d'une certaine nature, mais qui n'est pas forcée pour le créancier qui a consenti à accorder cette faculté de se libérer. Est-ce à dire dans tous les cas que la caution sera déchargée ? Nous ne le croyons pas. Peu importe en tous cas que la *facultas solutionis* ait été stipulée lors de l'engagement ou après. Ce qu'il faut considérer, c'est la point de savoir si elle a été stipulée avant ou après l'engagement de la caution. Si elle a été stipulée après, le caution sera libérée. Dans le cas contraire, l'art. 2038 ne sera pas applicable ; car la caution aura connu la *facultas* accordée au débiteur, la raison qui a fait édicter l'art. 2038 n'existe pas. On ne peut dire, en effet, que la caution a pu se croire libérée par la dation en paiement et qu'alors elle ne pouvait plus prendre aucune précaution pour garantir le cas échéant son recours contre le débiteur principal. Car la caution garantit une obligation facultative, elle garantit aussi bien le paiement de la chose due, *in obligatione*, et le paiement de celle qui est *in facultate solutionis*. Elle n'est libérée qu'autant que le créancier a reçu effectivement l'une ou l'autre prestation (2).

De même si le débiteur avait donné en paiement une chose appartenant à la caution, on ne pourrait dire que celle-ci a juste sujet de se croire libérée, car elle n'a pu

---

(1) Cassation, 19 janvier 1863, D. 63. 1, 86.

(2) Cass., 23 nov. 1857, S. 58, 1, 687.

ignorer que la chose lui appartenait. La raison de l'art. 2038 n'existe plus (1).

Enfin les parties, d'un commun accord, peuvent écarter l'explication de l'art. 2038. Cela est certain si la caution intervient dans la dation en paiement et promet garantie du paiement en cas d'éviction de la chose donnée en paiement. Cela est vrai aussi, même si la caution n'intervient pas dans la dation en paiement, si le créancier qui la reçoit réserve son recours contre elle pour le cas d'éviction. Car elle sera avertie par cette condition que le créancier met à son acceptation. Elle ne pourra plus dire qu'elle avait juste sujet de se croire libérée. On ne pourrait objecter l'art. 1282, 3°, aux termes duquel en matière de novation, l'accession des cautions est nécessaire pour qu'elles restent obligées. Ce cas est tout différent de celui que nous étudions. Il suppose que les cautions sont libérées par l'effet de la novation ; en notre hypothèse de dation en paiement, elles ne sont pas libérées par la novation que contient la dation en paiement, mais en vertu du principe d'équité écrit dans l'art. 2038 (2).

SECTION II.

EFFETS DE LA DATION EN PAIEMENT VIS-A-VIS DU CRÉANCIER.

La dation en paiement rend le créancier propriétaire

---

(1) Castelsarrazin, 29 juin 1850. S. 50, 2, 417.

(2) *Contrà*, Pont : *Petits contrats*, n° 404. — Troplong, *Cautionnement*, n° 583.

de la chose corporelle ou titulaire de la créance donnée en paiement. C'est même plutôt une condition qu'un effet de la dation en paiement.

Supposons, en prenant comme exemple le cas de dation en paiement d'une chose corporelle, que le débiteur *tradens* n'était pas propriétaire de cette chose. Nous avons dit qu'en ce cas la dation en paiement était nulle, comme manquant d'un de ses éléments essentiels. Est-ce à dire que le créancier n'a qu'un droit, celui de se prévaloir de son action primitive, et n'a-t-il pas aussi le droit à la garantie qu'implique tout acte translatif de propriété à titre onéreux ? Mourlon (1) l'a soutenu. Nous avons déjà vu en sens contraire que la jurisprudence et les auteurs partisans de l'idée de vente ou de novation pure et simple, refusent l'action primitive, et permettent seulement l'action en garantie. Nous admettrons le créancier à se prévaloir tout à la fois de l'une et de l'autre action.

Demandons-nous d'abord si l'action en garantie est admissible. Pour soutenir le contraire, Mourlon, reprenant en quelque sorte l'argument que nos anciens auteurs tiraient de ces mots : *vicem venditionis obtinet*, dit que la garantie n'est possible qu'à la condition qu'il y ait vente ; pour lui l'idée de garantie implique forcément l'idée de vente. Du moment que l'on n'admet pas que la dation en paiement est une vente, on ne peut admettre qu'elle emporte garantie. Cet argument serait bon si la vente seule emportait garantie, si à côté de ce contrat de vente qui implique par excellence l'idée de garantie, il n'y en

---

(1) Mourlon, *Répétitions écrites*, III, n° 506.

avait pas d'autres qui comportent également la même action en garantie à l'instar de la vente, et qui à cet effet *vicem venditionis obtinent.* Mais la garantie existe dans tous les contrats impliquant transmission à titre onéreux d'un droit réel ou personnel (1). En effet, quand une personne procure à une autre un avantage déterminé moyennant un équivalent, elle doit compter sur le maintien de cet équivalent dans son patrimoine et sur l'enrichissement qui peut résulter de l'acquisition de cet équivalent. Pour qu'il en soit ainsi, il ne suffit pas que cet équivalent entre dans son patrimoine, il faut qu'il y reste. L'action en garantie est donc de l'essence de tous les contrats à titre onéreux.

On objecte que le transfert de propriété de la chose n'yant pas eu lieu, la dation en paiement manque d'un des éléments qui lui sont essentiels, le créancier *accipiens* ne peut se prévaloir de la dation en paiement qui n'existe pas. Nous répondrons : la vente de la chose d'autrui est bien nulle et pourtant elle donne lieu à l'action en garantie.

Le créancier évincé a donc l'action en garantie et il a aussi l'action de sa créance primitive. Aura-t-il seulement le choix entre ces deux actions, ou pourra-t-il les cumuler toutes deux et les exercer l'une après l'autre jusqu'à concurrence de l'action la plus avantageuse ? (2) Nous croyons qu'il aura seulement le choix, de cette façon il sera suffisamment protégé, et on ne peut objecter que de

---

(1) Aubry et Rau, IV, § 310. — Labbé, *Revue pratique*, 1865, XIX, p. 241 et 329, XX, p. 536.

(2) L'action en garantie sera plus avantageuse dans le cas où l'*accipiens* aura fait des améliorations, car elle l'indemnise de la perte subie au moment de l'éviction.

cette façon le maintien de la dation en paiement sera subordonné à la volonté du créancier. Est-ce que dans bien d'autres contrats, la partie que la loi veut protéger n'a pas le choix entre le maintien de l'acte et son exécution, ou son annulation ? L'acheteur de la chose d'autrui peut à son gré agir en garantie ou demander la nullité. Quand une fois il a opté pour l'un de ces deux partis, il serait trop rigoureux pour l'autre partie qu'il pût revenir sur son choix.

La dation en paiement emporte donc garantie en cas d'éviction. Le *tradens* devra-t-il garantie des vices cachés? Pour les partisans de l'idée de vente, cela ne fait pas de doute et il faudra appliquer complètement la théorie des art. 1641 et suivants du Code civil, et la loi du 2 août 1884. Quoique rejetant toute idée de vente, nous dirons néanmoins que le *tradens* sera garant des vices cachés, car nous croyons que cette garantie des vices cachés est une conséquence forcée de tous les contrats à titre onéreux. Le *tradens* doit fournir à l'*accipiens* toute l'utilité que la chose comporte, ou du moins sur laquelle il a pu compter. Ainsi, est responsable des défauts cachés le bailleur (argument *à contrario* de l'art. 1891 en cas de *commodat* qui est un acte à titre gratuit). Mais, il n'y aura pas lieu d'appliquer la théorie des art. 1641 et suivants et de la loi du 2 août 1884, qui sont édictés pour le cas tout spécial de vente. En aucun cas, l'*accipiens* ne pourra exercer le choix que lui donne l'art. 1644 entre l'action *redhibitoria* et l'action *æstimatoria*, il ne pourra jamais demander qu'une chose, à savoir une indemnité pour le préjudice causé. Cependant la dation en paiement manquant d'un de ses éléments, le créancier pourra agir, comme si elle n'existait pas, par son ancienne action. Il pourra aussi exercer une action en dommages-intérêts.

Si maintenant nous supposons que la dation en paiement a pour objet un droit de créance, à quelle garantie aura droit l'*accipiens* ? Doit-on le considérer comme un cessionnaire ordinaire, et dire avec les art. 1693 et 1694 qu'il n'aura droit qu'à la garantie de l'existence de la créance au temps du transport, et non de la solvabilité du débiteur ? On devrait le décider ainsi si la dation en paiemen était une vente, une cession véritable. Mais celui qui a reçu une chose en paiement est mieux considéré qu'un acheteur, qu'un cessionnaire ordinaire. C'est ainsi qu'il n'est pas soumis au retrait litigieux. Nous avons déjà dit que le créancier, en acceptant une créance en paiement de ce qui lui est dû, ne devait être considéré accepter cette dation qu'à la condition qu'il soit devenu titulaire de la créance. Poussant cette idée plus loin, nous pouvons bien dire que, pouvant exiger immédiatement l'objet dû, il a pu compter sur le bénéfice réel de la créance qu'il accepte. Il sera donc garanti à moins de convention contraire, car tout dépend de la volonté des parties, contre l'insolvabilité actuelle du débiteur.

La chose donnée en paiement se substitue-t-elle exactement à la chose qui aurait dû être payée, de telle sorte qu'en entrant dans le patrimoine du créancier, elle y prendrait la place qu'aurait occupée la chose due ? En un mot, y a-t-il *subrogation* de la chose donnée en paiement à la chose qui aurait dû être payée ? Etant donné que la dation en paiement est un acte à titre onéreux nécessitant l'accord de deux parties, cela ne pouvait être. On ne peut dire ici *subrogatum sapit naturam subrogati*. L'immeuble donné en paiement d'une somme reste immeuble dans le patrimoine du créancier, et de même l'argent donné en paiement d'un immeuble restera meuble. Aux termes de l'art. 1406, l'abandon fait par un

ascendant à un descendant pour le remplir de ce qu'il lui doit, est un avancement d'hoirie. Si l'ascendant avait payé au descendant la somme qu'il lui doit, cette somme sous le régime de communauté légale aurait tombé en communauté ; s'il lui fait l'abandon d'un immeuble prévu par l'art. 1406, cet immeuble restera propre. L'art. 1553 prévoyant le cas où sous le régime dotal un immeuble est donné en paiement de la dot mobilière, suppose bien qu'il n'est pas subrogé à cette dot mobilière, puisqu'il dit que cet immeuble ne sera pas dotal, c'est-à-dire inaliénable et insaisissable : il n'en pouvait être autrement du reste, la dot ne pouvant être augmentée ou diminuée pendant le mariage.

SECTION III

EFFETS DE LA DATION EN PAIEMENT A L'ÉGARD DES TIERS

Elle doit procurer au créancier une satisfaction matérielle. Si donc la dation consiste dans une chose corporelle, elle doit rendre le créancier propriétaire. D'après le principe posé dans l'art. 1138, il n'est pas besoin pour cela d'une tradition, la propriété d'un corps certain est transférée par le seul consentement des parties. Toutefois, si c'est un immeuble, il faudra, pour que le créancier soit devenu propriétaire *erga omnes*, que la cession ait été transcrite, sinon elle ne serait pas opposable aux tiers qui auraient des droits sur l'immeuble et les auraient conservés conformément aux lois (art. 1, n° 1, loi 23 mars 1855). Si la chose donnée en paiement est une créance, il faudra

que cette cession, pour être opposable aux tiers, soit notifiée au débiteur, à moins qu'elle n'ait été acceptée par lui dans un acte authentique (art. 1690) ; mais ici on entend par tiers tous ceux qui ont intérêt à connaître cette cession, aussi bien les créanciers chirographaires que les hypothécaires.

Donc tant que ces deux formalités de transcription dans un cas, de notification dans l'autre n'auront pas été remplies, on pourra dire que le créancier n'est pas rendu propriétaire *erga omnes*, la dation en paiement ne sera pas parfaite. Mais il faudra qu'il s'agisse d'une dation en paiement véritable. Nous avons vu une dation en paiement dans l'hypothèse où un époux exerce ses reprises en nature sur les biens de la communauté. Cependant, en principe, il n'y a pas lieu à transcription en cette hypothèse. Supposons que c'est la femme qui exerce ses reprises. Si elle accepte, cet abandon fait par la communauté est qualifié de prélèvement, il participe de la nature du partage, ce n'est pas un acte translatif, il ne donnera pas lieu à transcription (Arg., art. 1, 4° loi de 1855). Si la femme renonce, il y a bien dans ce prélèvement un acte translatif qui devra être transcrit. Si maintenant nous supposons que c'est le mari qui exerce ses reprises en nature, en aucun cas ce prélèvement ne devra être transcrit, car si la femme accepte, il y a là une opération de partage ; si elle renonce, le mari est censé avoir toujours été propriétaire.

Les tiers visés par l'art. 1167, c'est-à-dire les créanciers du *tradens*, peuvent-ils en leur nom personnel, attaquer une dation en paiement faite par le débiteur en fraude de leurs droits ? Si elle est une vente, elle tombe sans aucun doute sous le coup de l'action paulienne, à la simple condition qu'elle cause un préjudice, *eventus damni*, et qu'il y ait intention frauduleuse, *concilium fraudis*. Demo-

lombe (1), n'admet pas qu'elle soit en principe soumise à l'action paulienne, sous prétexte que le créancier *accipiens* exerce un droit légitime en veillant à la conservation de ses droits. Il n'admet la paulienne que s'il résulte de la nature de l'acte une machination frauduleuse à l'encontre des autres créanciers.

Pour ceux qui voient dans la dation en paiement un paiement véritable, la solution ne saurait non plus faire aucun doute et il faut dire que la dation en paiement n'est pas soumise à l'action paulienne, car il ne peut y avoir de fraude à recevoir ce qui est dû, *jus civile vigilantibus scriptum est*, à moins cependant qu'il n'y ait une collusion frauduleuse à l'encontre des autres créanciers, *nihil dolo facit qui suum recepit.* Cependant on ne peut dire que le créancier qui reçoit quelque chose en paiement de ce qui lui est dû, *suum recepit.* Pour nous qui voyons dans la dation en paiement une novation, nous la placerons sous le coup de l'art. 1167, parce qu'elle exige le consentement des deux parties, du créancier et du débiteur, tandis que ce double consentement n'est pas nécessaire pour le paiement ; une entente frauduleuse est donc très facile en notre hypothèse. D'ailleurs, la règle est que l'art. 1167 s'applique à tous les actes à titre onéreux. Si l'on a fait une exception pour le paiement, cette exception doit être interprétée strictement et ne peut être étendue à notre opération.

Ce qui prouve que l'art. 1167 est applicable en matière de déconfiture civile, c'est que le législateur commercial

---

(1) Demolombe, *Contrats*, II, 225 et s. — Lyon, 15 juillet 1843, S. 43, 1, 417 ; 24 juillet 1857, D. 58, 2, 12.

en matière de faillite, s'est attaché d'une façon spécialement rigoureuse à la dation en paiement. L'art. 446 du Code de commerce, la frappe d'une nullité absolue qu'il est impossible d'éviter, fût-on de la meilleure foi du monde. Il est ainsi conçu :

Art. 446. — *Sont nuls et sans effets relativement à la masse, lorsqu'ils auront été faits par le débiteur depuis l'époque déterminée par le tribunal comme étant celle de la cessation des paiements, ou dans les dix jours qui auront précédé cette époque :*

1°. . . . . .

2° *Tous paiements, soit en espèces, soit par transport, vente, compensation ou autrement, pour dettes non échues, et pour dettes échues, tous paiements faits autrement qu'en espèces, en effets de commerce.*

3° . . . . . .

Ainsi il n'y a pas à examiner les circonstances dans lesquelles a été fait l'acte attaqué. Peu importe la bonne ou la mauvaise foi du failli ou de la personne qui a fait l'acte avec lui. Le tribunal doit prononcer la nullité si l'acte est de ceux qu'indique notre article, et s'il a été fait dans la période suspecte. Mais cet article est aussi limitatife la nullité ne peut être prononcée pour un acte non compris dans cette énumération, ou s'il a été fait en dehors du temps qu'il indique. La nullité qu'il prononce est dans l'intérêt de la masse des créanciers, elle ne pourrait être invoquée ni par le failli lui-même, ni par un créancier agissant dans son intérêt propre. C'est là une différence avec l'art. 1167.

Le législateur commercial a voulu maintenir l'égalité entre les créanciers, à partir de l'époque où on peut prévoir que tous ne seront pas payés intégralement. Dans ce

but, il a attaché une présomption irréfutable de fraude à tous les actes translatifs que le failli fait dans cette période, et il a déclaré nulles toutes les dispositions par lesquelles il a avantagé un ou plusieurs créanciers au détriment des autres.

Paiement ou dation en paiement de dettes non échues. — L'acquittement de dettes non échues est nul, qu'il s'agisse d'un paiement ou d'une dation en paiement. En renonçant au bénéfice du terme, le débiteur failli a avantagé un créancier, et il s'est rendu coupable de fraude.

Paiement de dettes échues. — Le paiement de dettes échues n'est pas nul de droit, s'il a été fait dans la période suspecte ; il pourra seulement être annulé si ceux qui l'ont reçu avaient connaissance de la cessation des paiements (art. 447) et il ne pourra être annulé que s'il a été fait après cette cessation (et non s'il a été fait dans les 10 jours qui précèdent). Le paiement d'une dette est en effet un acte forcé, qui ne donne au créancier que ce qui lui est dû, et qui, jusqu'à preuve contraire, n'a pu être fait pour avantager certains créanciers au détriment des autres, surtout si ces créanciers n'avaient pas connaissance du mauvais état des affaires de leur débiteur.

Dation en paiement de dettes échues. — La dation en paiement, exigeant un accord entre les parties, peut cacher une fraude ; elle peut procurer au créancier un avantage supérieur à ce qui lui était dû, et elle fait même supposer que le créancier connaissait la situation critique du débiteur et qu'il a voulu obtenir un avantage au détriment des autres créanciers, car elle n'est point dans les habitudes des commerçants. Aussi la loi la déclare-t-elle

nulle de droit, tout en faisant cependant exception pour certaines dations en paiement, celles qui consistent dans la remise d'*effets de commerce*, parce que celles-là ne peuvent donner lieu à une présomption de fraude, car il est dans les habitudes des commerçants de solder leurs dettes aussi bien et même plutôt en effets de commerce qu'en espèces.

Il importe donc de bien savoir ce que la loi entend exactement ici par *effets de commerce*. Cette expression ne s'applique qu'aux valeurs de circulation dont la négociation est soumise aux règles tracées par le Code de commerce, telles que lettres de change, billets à ordre, chèques, endossés ou créés au profit du créancier. Mais la *remise de coupons ou d'obligations au porteur* (1) ne peut être considérée comme faite en effets de commerce dans le sens de l'art. 446, car cette libération n'est pas du tout conforme aux usages commerciaux.

Ne serait pas non plus comprise dans l'expression « effets de commerce », la *remise de factures acquittées* de marchandises livrées à un tiers, faite par le futur failli à son créancier en lui donnant ainsi pouvoir de recevoir paiement de ce tiers (2).

Quid de l'endossement au profit d'un créancier des *récépissés délivrés par les magasins généraux et de leurs warrants ?*

Ce sont bien des effets de commerce, mais d'un genre spécial. Le porteur du récépissé ayant seul le droit de retirer les marchandises qui sont déposées dans les maga-

---

(1) Metz, 26 fév. 70. D. 70, 2, 67. — Cass., 29 juin 70. D. 71, 1, 289.

(2) Aix, 2 déc. 63, S. 64, 2, 198.

sins généraux, il s'ensuit que le débiteur qui a fait ce dépôt et qui endosse son récépissé a donné au créancier un droit sur ces marchandises. L'endossement sera nul, comme constituant une dation en paiement faite en marchandises. Cela est vrai que le warrant soit encore ou non attaché au récépissé. Quant à l'endossement du warrant détaché du récépissé, doit-il être déclaré nul ? Il faut distinguer : si le débiteur a détaché lui-même le warrant du récépissé pour l'endosser à son créancier, cet endossement constitue la mise en gage des marchandises déposées ; dès lors, il faut le déclarer nul par application du 3e alinéa de notre art. 446. Si, au contraire, le débiteur possédait le warrant, parce qu'il lui avait été remis par une autre personne, ce warrant constituerait un véritable effet de commerce servant à faire des paiements, ce serait un billet à ordre garanti par un gage, son endossement devrait être considéré comme un paiement fait en effets de commerce (1). (Loi du 28 mai 1858, art. 7 et 8.)

La loi énumère les dations en paiement faites autrement qu'en effets de commerce et qui seront considérées comme nulles relativement à la masse des créanciers. Ce sont :

1° Les *paiements par vente*, c'est-à-dire ceux dont l'objet consistera en marchandises. Bien entendu, des marchandises pourront être valablement remises par le futur failli à son créancier, si ce sont des marchandises qui sont dues, car alors il y aurait paiement et non dation en paiement. Mais la nullité frapperait les dations en paiement

---

(1) Comm., Lyon, 29 juin 65, D. 65, 3, 62. — Appel, Lyon, 27 févr. 66, D. 66, 2, 70.

faites par le failli à l'un de ses créanciers, encore que ce créancier ait reçu ces marchandises avec mandat de les vendre, pour en employer le prix à l'acquit de sa créance (1).

Cependant le *versement de marchandises en compte courant* n'a pas le caractère d'une dation en paiement dans le sens de l'art. 446 Comm. Le compte courant est un ensemble d'opérations qui doivent aboutir à un règlement unique. Jusqu'à ce règlement, il n'y apas de dette, il ne peut donc y avoir de dation en paiement. Cette remise de marchandises en compte courant ne pourrait être annulée que si elle avait été faite en fraude des droits des autres créanciers, avec la connaissances chez le créancier *accipiens* de l'état de cessation des paiements du *solvens*; elle tomberait alors sous le coup de l'art. 447. La fraude serait, en tous cas, difficilement admissible, si les remises dont il s'agit avaient été précédées d'une série d'opérations attestant de la part de leurs auteurs, un usage antérieur auquel ils se seraient conformés (2).

Mais, si le compte courant a été arrêté et que celui qui est reconnu débiteur paie le solde en marchandises, il n'y a plus remise de marchandises en compte courant, il y a là une véritable dation en paiement tombant sous le coup de l'art. 446 (3).

2° Est aussi prohibé le *paiement par transport de*

---

(1) Cass., 30 mai 1848, D. 48, 5, 190.

(2) Tripier, rapporteur de la loi de 1838 à la Chambre des Pairs. — Cass., 20 mai 73, D. 73, 1, 409. — Cass., 15 février 75, D. 76, 1, 318.

(3) Cass., 12 avril 75, D. 76, 1, 38.

créances. Il en serait ainsi, même si ce transport avait été fait par acte authentique (1). C'est par application de cette règle que nous avons dit que la remise de factures acquittées à encaisser sur un tiers doit être prohibée, car elle ne rentre pas dans l'exception qui permet le paiement en effets de commerce. Mais il n'y aurait pas lieu de considérer comme nuls les *virements de banque*. On pourrait soutenir que le débiteur qui a des fonds disponibles chez un banquier et qui donne l'ordre de les passer au crédit d'un tiers, ne fait qu'effectuer au profit de ce tiers un transport de la créance qu'il avait sur le banquier. En réalité, le virement constitue un double paiement du banquier au déposant et du déposant à son créancier et il se fait sans aucune tradition. Il est conforme aux habitudes commerciales de nos jours et c'est une raison pour l'assimiler aux paiements faits en effets de commerce.

L'art. 446, ne fait pas obstacle à ce qu'une dette échue soit l'objet d'une *novation*, la novation n'ayant pas pour effet comme la dation en paiement de dépouiller le débiteur d'une chose de son patrimoine (2). Bien que la dation en paiement comprenne une novation, il n'y a pas toujours analogie entre cette opération et la novation. C'est ainsi que nous avons permis la dation en paiement de dettes de jeu, tout en prohibant la novation de pareilles dettes.

3° La troisième prohibition de l'art. 446, s'applique aux *paiements par compensation*. La loi ne vise pas la compensation légale qui ne peut cacher aucune fraude, puisqu'elle s'opère sans le consentement des deux parties ;

---

(1) Orléans, 1er février 53, D. 54, 2, 222.

(2) Orléans, 16 juin 1852, D. 54, 2, 222.

mais elle veut seulement atteindre la compensation conventionnelle entre deux dettes ne se trouvant pas dans les conditions de compensation légale (1). La nullité n'est donc applicable que lorsque les parties écartent un obstacle qui empêche la compensation légale, tel que l'exigibilité ou la liquidité des deux dettes.

Après avoir énuméré ces trois sortes de dations en paiement prohibées, notre article ajoute : *ou autrement.* La loi ne cite donc que des exemples. Ainsi il faudrait déclarer nulle la remise que le commerçant en état de cessation de paiements ferait à son vendeur, de marchandises achetées.

Les conséquences de cette nullité sont que le créancier devra rapporter à la masse de la faillite les choses qui lui ont été remises en paiement ; qu'il devra aussi rapporter les intérêts ; mais à partir de quelle date ? On ne saurait l'obliger en principe à rapporter les intérêts du jour du paiement, conformément à l'art. 1378 Civ., car il peut très bien ne pas être de mauvaise foi. A moins donc que sa mauvaise foi ne soit prouvée, il est conforme aux principes de faire rapporter les intérêts du jour de la demande (art. 1153). Si ce sont des marchandises qui ont été données en paiement, l'*accipiens* devra les rapporter, elles-mêmes ou leur valeur.

Les cautions seront-elles déchargées dans le cas où la nullité de la dation en paiement sera prononcée par application de l'art. 446 Comm. ? La jurisprudence admet cette libération des cautions, elle invoque l'art. 2038 du Code civil qui, dit-elle, ne distingue pas la cause de l'évic-

(1) Rouen, 14 juin 1870, D. 72, 2, 142.

tion (1). Peut-on dire qu'il y a réellement éviction ? Nous ne le croyons pas. La nullité n'est édictée par l'art. 446 qu'*à l'égard de la masse*. Elle ne pourrait être invoquée par le failli ; c'est donc que l'*accipiens* est bien propriétaire de la chose ou titulaire du droit donné en paiement. On entend en général par éviction un fait qui prive une personne de la propriété d'un bien par suite de l'imperfection du droit de l'aliénateur. Tel n'est pas notre cas ; l'art. 2038, étant un texte exceptionnel, ne peut donc être étendu à une hypothèse pour laquelle il n'a pas été créé. D'autant plus qu'en exigeant l'engagement d'une caution, la personne qui a traité avec un commerçant a eu surtout en vue les dangers de la faillite et la caution a entendu se soumettre à toutes ses conséquences : il n'est donc pas conforme à l'intention des parties de décider que les cautions seront libérées.

---

(1) Orléans, 30 août 1850, S. 51, 2, 43.

CHAPITRE IV

De la dation en paiement au point de vue fiscal

Dans l'ancien droit on considérait que la dation en paiement est un acte équipollent à la vente et il était alors tout naturel de percevoir le *droit de lods et ventes* (1).

Nous avons réfuté cette analogie avec la vente. Elle est surtout soutenue par les auteurs qui se sont occupés de questions d'enregistrement (2).

La dation en paiement produit un double effet ; elle transfère au créancier la propriété d'une chose, elle libère le débiteur. La jurisprudence et les auteurs sont d'accord pour considérer cette transmission et cette libération comme étant deux dispositions dépendantes, dont l'une est la cause de l'autre et réciproquement. Par conséquent, il n'y aura pas à percevoir deux droits, un de transmission et un de libération (art. 10, art. 11 *a contrario* de la loi du 22 frimaire an VII). Un seul droit sera dû. Mais quel sera ce droit ? Dans une déclaration du 12 juillet 1883, l'administration de l'Enregistrement a cherché à reproduire une disposition du tarif de 1792 qui

---

(1) Coutume de Bourbonnais, art. 403.

(2) Championnière et Rigaud, *Traité des droits d'enregistrement*, nos 959, 1232, 1783. — Demante, *Principes de l'enregistrement*, I, n° 163.

disait qu'il faut percevoir le droit *sur la stipulation la plus avantageuse au Trésor*. Cette prétention n'est guère soutenable aujourd'hui ; le tarif de 1792 n'est plus applicable, et les conventions sont passées dans l'intérêt des parties non dans l'intérêt du Trésor (1).

D'après la Cour de cassation (2) le droit doit être perçu *sur la disposition principale*. Or, dit-on, la convention principale dans la dation en paiement doit être la libération. Les parties ont pour but d'éteindre une obligation préexistante, elles ont avant tout l'intention de libérer le débiteur. Il faudrait donc percevoir le droit de quittance. Mais, s'il n'est pas douteux que l'intention du débiteur est de se libérer, il n'est pas certain que l'opération ait été envisagée par le créancier de la même façon ; il a peut-être voulu faire une acquisition avantageuse. D'ailleurs, pour déterminer la nature d'une opération, il ne faut pas considérer ce que les parties ont eu l'intention de faire, mais ce qu'elles ont fait. C'est donc la transmission qui est la disposition principale.

Ainsi s'explique, sans recourir à l'idée de vente, la perception d'un droit proportionnel de transmission sur la dation en paiement. Ce droit, non compris les décimes additionnels (art. 1, loi 23 août 1871), sera de 5 fr. 50 pour 100 quant aux immeubles (art. 54, loi 28 avril 1816), de 2 pour 100 quant aux meubles (art. 69, § 5, 1°, de la loi du 22 frimaire an VII), et de 1 pour 100 quant aux créances (art. 69, § 3, 3°, même loi).

Si les parties n'ont fait qu'une *promesse de dation en*

---

(1) Garnier, *Répert. général*, v° Donation, n° 6650, 2°.

(2) Cass., 21 août 1872, S. 72, 1, 141.

paiement, cette opération ne sera qu'une *novation*, ou bien elle sera une *facultas solutionis* accordée après coup : on ne pourra donc percevoir le droit de transmission. D'après une délibération du 26 août 1813 (1), l'administration considère cette promesse comme une promesse de vente ; or, la promesse de vente vaut vente (art. 1589), elle perçoit sur cette promesse le droit de transmission.

En cas d'obligation facultative, le droit de transmission ne sera perçu qu'au moment où la chose *in facultate solutionis* sera fournie. C'est à ce moment seulement que se forme la dation en paiement. En cas d'obligation alternative, si le débiteur livre l'une quelconque des choses, il livrera toujours ce qui est dû, il n'y aura jamais lieu qu'à la perception d'un seul droit, droit de libération.

Si le créancier vient à être évincé de la chose donnée en paiement, il n'y aura pas lieu à restitution du droit perçu (art. 60, loi de frimaire).

Si le débiteur découvre qu'il ne devait rien, et qu'il répète la chose livrée, le jugement qui obligera le créancier à restituer ne devra pas être considéré comme un jugement de résolution de vente, soumis aux droits fixés par l'art. 12 de la loi du 27 ventôse an IX, mais comme un jugement de résolution auquel il faudra en tous cas appliquer le droit fixe de l'art. 68, § 3, n° 7, de la loi du 22 frimaire an VII.

Sur quelle base calculera-t-on le droit de transmission dans la dation en paiement ? Le droit d'enregistrement sera-t-il calculé sur le montant de la dette à éteindre ou sur la valeur estimative de la chose fournie ? L'adminis-

---

(1) *Journal de l'Enregistrement*, n° 4606.

tration de l'Enregistrement s'attache au montant de la dette à éteindre alors même, ce qui arrivera le plus souvent, que la valeur de la créance ou de l'immeuble donné en paiement est inférieure. Elle invoque l'art. 14, 3°, de la loi de frimaire qui calcule le droit proportionnel de quittance sur le total des sommes dont le débiteur est libéré. Mais il s'agit alors de percevoir un droit de libération, et non un droit de transmission. En cas de cession de créance, le capital imposable c'est le capital nominal de la créance cédée. Lorsqu'une créance sera donnée en paiement, il faudra également prendre pour base le capital nominal de la créance donnée en paiement. S'il s'agit de la dation en paiement d'une chose corporelle, le droit de transmission sera perçu sur la valeur de cette chose. Cette valeur se constate par une déclaration des parties (16, loi de frimaire) et même s'il s'agit d'un immeuble, l'administration pourra provoquer une expertise (art. 17).

Quelquefois, la créance n'est pas complètement éteinte par la dation. L'immeuble donné par le débiteur n'est que l'équivalent d'une partie de la dette. Pour le surplus, le créancier fait une remise de dette. Dans tous les cas où on pourra reconnaître que la valeur de la chose donnée en paiement est sensiblement inférieure au montant de la dette, on devra percevoir le droit de transmission jusqu'à concurrence de la valeur de la chose et le droit de remise de dette pour le surplus.

Une autre conséquence de ce que c'est un droit de transmission qui est dû et non un droit de libération, c'est que, sauf convention contraire, ce sera le créancier en sa qualité d'acquéreur qui devra supporter ce droit. Si, au contraire, on percevait un droit de libération, ce droit serait supporté par le débiteur, (art. 31, loi 22 frimaire an VII).

POSITIONS

DROIT ROMAIN

I. Le *furiosus* lorsqu'il n'est pas tenu *civilement* ne peut pas être tenu *naturellement*.

II. Dans les actions arbitraires, le défendeur qui refuse d'exécuter l'ordre du juge le condamnant à restituer la chose, peut y être contraint *manu militari*.

III. Le possesseur de bonne foi n'est tenu de restituer sur l'action en revendication du véritable propriétaire que les fruits non consommés, sans distinction entre les fruits naturels et les fruits artificiels.

IV. Le possesseur de bonne foi actionné en revendication, n'a pas d'action pour réclamer ses impenses s'il a restitué la chose sans faire de réserves.

DROIT CIVIL

I. L'acceptation du remploi faite par la femme rétroagit au jour de l'acquisition.

II. Le conjoint qui exerce des reprises par prélèvement, conformément aux articles 1470 et 1471 du Code civil, agit en qualité de créancier.

III. Les parents ne peuvent imposer à leur enfant naturel la réduction de l'article 761 civ.

IV. L'action Paulienne ne profite qu'aux créanciers qui l'ont exercée.

DROIT COMMERCIAL

La justice ne peut pas suppléer le mari pour autoriser sa femme à faire le commerce.

PROCÉDURE CIVILE

La règle que « nul en France ne plaide par procureur, » n'est plus en vigueur aujourd'hui.

DROIT FISCAL

La transaction est assujettie au droit fixe, bien qu'il y ait changement dans la propriété apparente de l'objet litigieux.

DROIT CONSTITUTIONNEL

Dans un Etat démocratique, il est nécessaire d'avoir deux Chambres.

TABLE DES MATIÈRES

DROIT FRANÇAIS

PAGES

CHAPITRE I. — De la nature juridique de la dation en paiement. 5

EXPOSITION DES DIFFERENTS SYSTÈMES

1° La dation en paiement est un mode de paiement . 10
2° Elle est un échange, une vente. 13
3° Elle est une novation. 17

CHAPITRE II. — Conditions de validité de la dation en paiement. 25

SECTION I. — Consentement des parties 25

§ I. — Cas où le créancier peut se voir contraint d'accepter autre chose que ce qui est dû . . . 28

§ II. — Cas où le débiteur peut être contraint de fournir autre chose que ce qui est dû. . . . 32

§ III. — Cas où la dation en paiement est prohibée par la loi 34

§ IV. — De la validité du consentement dans la dation en paiement. 35

Théorie de la *condictio indebiti* 39

SECTION II. — Capacité pour faire et recevoir une dation en paiement. 46

§ I. — Qui peut faire une dation en paiement ? . 46
Etude de l'art. 1238 47
Etude de l'art. 1595 52

PAGES

§ II. — Qui peut recevoir une dation en paiement? 61

SECTION III. — Quelle chose peut être donnée en paiement ? 63

SECTION IV. — Il faut que la dation en paiement produise tout l'effet sur lequel le créancier a légitimement pu compter. 65

APPENDICE. — De quelques cas de dation en paiement. 67

CHAPITRE III. — Des effets de la dation en paiement. . 77

SECTION I. — A l'égard du débiteur 77

SECTION II. — A l'égard du créancier. 83

SECTION III. — A l'égard des tiers. 88

CHAPITRE IV. — De la dation en paiement au point de vue fiscal 99

POSITIONS 103

Vu : *Nancy, le 27 mai 1891.*

LE PRÉSIDENT DE LA THÈSE,
PAUL LOMBARD.

Vu : *Nancy, le 30 mai 1891.*

LE DOYEN,
E. LEDERLIN.

Vu et permis d'imprimer :

Nancy, le 30 mai 1891.

LE RECTEUR,
E. MOURIN.